

UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

FACULTÉ DE MÉDECINE ET DE PHARMACIE

1932-1933. — N° 147.

LE
CONSENTEMENT AUX OPÉRATIONS

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN MÉDECINE

présentée et soutenue publiquement le Vendredi 31 Mars 1933

PAR

Gabriel-Pierre HIRTZ

Né à CHAUMONT (Haute-Marne), le 17 novembre 1909.

Examineurs de la Thèse	{	MM. ROCHER, professeur	Président.
		DU VERGEY, professeur	{ Juges.
		JEANNENEY, agrégé	
		RIVIÈRE, agrégé	

BORDEAUX

IMPRIMERIE-LIBRAIRIE DE L'UNIVERSITÉ

Y. CADORET, DELMAS, SUCCESSEUR

6, Place Saint-Christoly

1933



Digitized by the Internet Archive
in 2026

UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

FACULTÉ DE MÉDECINE ET DE PHARMACIE

1932-1933. — N° 147.

LE

CONSENTEMENT AUX OPÉRATIONS

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN MÉDECINE

présentée et soutenue publiquement le Vendredi 31 Mars 1933

PAR

Gabriel-Pierre HIRTZ

Né à CHAUMONT (Haute-Marne), le 17 novembre 1909.

Examineurs de la Thèse	{	MM. ROCHER, professeur	Président.
		DUVERGEY, professeur	{ Juges.
		JEANNENEY, agrégé	
		RIVIÈRE, agrégé	



BORDEAUX

IMPRIMERIE-LIBRAIRIE DE L'UNIVERSITÉ

Y. CADORET, DELMAS, SUCCESSEUR

6, Place Saint-Christoly

1933

FACULTÉ DE MÉDECINE ET DE PHARMACIE DE BORDEAUX

M. SIGALAS..... Doyen.

PROFESSEURS HONORAIRES :

MM. POUSSON, MOURE, W. DUBREUILH, RIVIÈRE, BARTHE,
DENIGÈS, AUCHÉ, SELLIER.

PROFESSEURS

	MM.		MM.
Clinique médicale.....	MAURIAC.	Zoologie et parasitologie.....	MANDOUL
id.....	CASSAET.	Médecine expérimentale.....	DUPÉRIÉ.
Clinique chirurgicale.....	CHAVANNAZ.	Clinique ophtalmologique.....	TEULIÈRES.
id.....	BÉGOUIN.	Clinique chirurg. infantile et orthopédie..	ROCHER.
Pathologie et thérapeutiques générales...	CARLES.	Clinique gynécologique.....	GUYOT.
Clinique d'accouchements.....	ANDÉRODIAS.	Clinique méd. des maladies des enfants..	CRUCHET.
Anatomie pathol. et microscopie clinique.	SABRAZES.	Chimie biologique et médicale.....	DELAUNAY.
Anatomie.....	VILLEMIN.	Physique médicale et pharmaceutique...	SIGALAS.
Anatomie générale et histologie.....	G. DUBREUIL.	Médec. coronale et clin. des mal. exotiques.	BONNIN.
Physiologie.....	PACHON.	Clinique des malad. cutanées et syphilitiques	PETGES.
Hygiène.....	LEURET.	Clinique des maladies des voies urinaires.	DUVERGEY
Médecine légale et déontologie.....	LANDE.	Clinique des malad. nerveuses et mentales.	ABADIE.
Electroradiologie et clin. d'électricité médic.	RÉCHOU.	Clinique d'oto-rhino-laryngologie.....	PORTMANN.
Chimie.....	CHELLE.	Toxicologie et hygiène appliquée.....	LABAT.
Botanique et matière médicale.....	BEILLE.	Hydrologie thérapeutique et climatologie..	CREYX.
Pharmacie.....	DUPOUY.	Clinique dentaire.....	CAVALIÉ.

MM. MICHELEAU (Médecine générale). MURATET (Anatomie pathologique). GOLSE (Pharmacie).

LACOSTE (Histologie).

AGRÉGÉS EN EXERCICE :

	MM.		MM.
Anatomie.....	DUBECQ.	Chirurgie générale.....	PAPIN.
id.....	DUFOUR.	id.....	JEANNENEY.
Physiologie.....	FABRE.	id.....	CHARRIER.
Parasitologie et sciences naturelles.....	R. SIGALAS.	id.....	LOUBAT.
Médecine générale.....	N.	Obstétrique.....	PERY.
id.....	AUBERTIN.	id.....	RIVIÈRE.
id.....	DAMADE.	Ophtalmologie.....	BEAUVIEUX.
id.....	PIÉCHAUD.	Dermatologie et syphiligraphie.....	JOULIA.
id.....	DELMAS-MARSALET.	Chimie générale pharmaceut. et toxicologie.	VITTE
Maladies mentales.....	PERRENS.		

COURS COMPLÉMENTAIRES :

	MM.		MM.
Médecine opératoire.....	PAPIN.	Puériculture.....	FAUGÈRE.
Physiologie.....	FABRE.	Démonstrations et préparations pharmac..	GOLSE.
Accouchements.....	PERY.	Zoologie et parasitologie.....	R. SIGALAS.
Ophtalmologie.....			MM. CABANNES.
Orthopédie chez l'adulte, pour les accidentés du travail, les mutilés de guerre et les infirmes.			N.
Cours complémentaire annexe. — Prothèse et rééducation professionnelle.....			GOURDON.
id.....	Clinique dentaire.....		DELGUEL.

Par délibération du 5 août 1879, la Faculté a arrêté que les opinions émises dans les Thèses qui lui sont présentées doivent être considérées comme propres à leurs auteurs, et qu'elle entend ne leur donner ni approbation ni improbation.



*Je dédie cette thèse à mon Père, à ma Mère, à ma Marraine
et à mon Frère, les unissant dans le même sentiment de ten-
dresse et de gratitude infinies.*

A MA FAMILLE

A MES AMIS

A MES MAITRES DE LA FACULTE ET DES HOPITAUX
DE BORDEAUX

A MONSIEUR LE PROFESSEUR G. DUBREUIL

*Professeur d'Anatomie générale et d'Histologie à la Faculté de Médecine
et de Pharmacie de Bordeaux,
Directeur de l'Institut Pasteur de Bordeaux,
Chevalier de la Légion d'honneur,
Officier de l'Instruction publique.*

Envers qui notre reconnaissance est
grande d'une juste sévérité.
Hommage respectueux.

A MON MAITRE

MONSIEUR LE PROFESSEUR AGRÉGÉ JEANNENEY

*Chirurgien des Hôpitaux,
Chirurgien adjoint du Centre régional contre le cancer,
Membre correspondant de la Société de chirurgie de Paris,
Chevalier de la Légion d'honneur,
Croix de guerre.*

MON CHER MAITRE,

Vous m'avez confié le soin de ce travail délicat. Il aurait atteint une perfection achevée et je ne craindrais pas d'avoir trahi votre attente, si j'avais été capable de lui consacrer une intelligence égale à l'affectueuse reconnaissance que je vous porte.

Veuillez en accepter l'hommage en gage de mon respectueux et fidèle attachement.

A MON MAITRE ET PRESIDENT DE THESE

MONSIEUR LE PROFESSEUR H.-L. ROCHER

*Professeur de Clinique chirurgicale infantile et orthopédie,
Membre des Sociétés internationales de chirurgie et d'orthopédie,
Membre correspondant de la Société nationale de chirurgie,
Membre des Sociétés italienne et belge d'orthopédie,
Membre des Sociétés de pédiatrie de Paris et de Madrid,
Chevalier de la Légion d'honneur,
Officier de l'Instruction publique.*

En hommage respectueux et reconnaissant du grand honneur qu'il nous a fait en acceptant la présidence de notre thèse, des conseils et des nombreuses marques de bienveillance qu'il nous a prodigués pendant nos études médicales, en particulier lors de notre stage d'externe dans son service.

LE CONSENTEMENT AUX OPÉRATIONS

« La médecine est de mesure fugitive. »

(HIPPOCRATE.)

INTRODUCTION

Les procès intentés aux chirurgiens ne sont pas une nouveauté. Mais les prétextes invoqués pour mettre en cause leur responsabilité ont varié. On remarque, en effet, que si, dans les premières affaires soumises à l'appréciation des tribunaux, on reprochait aux chirurgiens des fautes de diagnostic ou de technique, par la suite on a accusé l'opérateur d'avoir outrepassé ses pouvoirs en intervenant sans le consentement du malade ou en pratiquant une opération plus grave que celle qui avait été envisagée primitivement. Depuis quelques années enfin, on est arrivé à discuter et à condamner le principe même de certaines interventions, posant ainsi, à côté de la question du consentement du malade, celle du consentement du chirurgien à l'acte opératoire.

C'est sous cet angle que nous étudierons la responsabilité chirurgicale. Le chirurgien étant en présence d'un malade, quelles conditions doit-il remplir pour avoir légalement le droit d'opérer ce dernier ? Peut-il pratiquer toutes les inter-

ventions qu'il juge utiles à son client, ou y a-t-il des limites à ce droit ?

Pour légitimer le principe de l'opération, les tribunaux exigent du chirurgien qu'il ait obtenu au préalable le consentement du malade. Il faut ensuite que l'intervention ait un but curatif. Le patient est juge de la première condition, le chirurgien de la seconde.

Ainsi pouvons-nous diviser notre étude en deux parties, la première que nous consacrerons au consentement du malade, la seconde au consentement du chirurgien.

PREMIÈRE PARTIE

Le consentement du malade

Le consentement du malade est la première condition à obtenir pour légitimer l'intervention chirurgicale. Ce principe a été affirmé pour la première fois dans un jugement rendu, le 27 novembre 1889, par le Tribunal de Liège : « Pour pratiquer légitimement une opération chirurgicale, l'homme de l'art doit y être autorisé par le malade ou par la personne sous l'autorité de laquelle le malade se trouve... La preuve de l'existence de ce consentement incombe à l'homme de l'art, puisque ce consentement légitime l'opération qu'il a faite. Si ce consentement n'existe pas ou si son existence n'est pas établie, il reste acquis que le docteur... en opérant... a fait ce qu'il n'avait pas le droit de faire. »

La Cour d'appel de Liège, appelée à se prononcer sur la question, a adopté le même avis (30 juill. 1890), en ajoutant que l'autorisation du malade doit être consciente. Les tribunaux français ont jugé de la même façon chaque fois que l'occasion leur en a été fournie :

Le Tribunal d'Alger, le 4 novembre 1893;

La Cour d'Alger, le 17 mars 1894;

La Cour d'Alger, le 9 novembre 1897;

Le Tribunal de Lyon, le 18 juin 1898 : « On ne saurait rendre responsable un chirurgien qui pratique sur un malade, de son consentement, une opération universellement jugée sans dangers, des complications imprévues... »;

Le Tribunal de Narbonne (*Mon. jud. du Midi*, 1904, p. 5);

La Cour d'Aix, le 22 octobre 1906;

Le Tribunal de Montpellier, le 15 décembre 1909 : « Attendu, en définitive, qu'aucune faute professionnelle n'est relevée contre le Docteur F..., qui a opéré le jeune L..., à la demande du père... »;

La Cour d'appel de la Seine (1^{re} Ch.), dans un arrêt du 12 mars 1931 : « Le consentement donné en toute connaissance de cause est nécessaire. »

Cependant on admet une dérogation au principe de la nécessité du consentement du malade à l'intervention chirurgicale, dans les cas d'urgence. Dans ces cas, où le plus léger retard peut avoir pour le patient des conséquences fatales, le praticien peut se passer de l'autorisation du malade ou de celle de sa famille.

En 1902, la Conférence des avocats du barreau de Paris, saisie de la question si, en cas d'urgence, le médecin violait un droit en prenant seul une décision, se rallia à la négative. L'urgence couvre le médecin de façon absolue, sauf le cas de faute lourde de sa part, que les circonstances ne pourraient excuser. Elle le dispense d'obtenir le consentement préalable du malade ou de sa famille, dans les hypothèses où il serait requis en temps ordinaire (Trib. civ. Liège, 27 nov. 1889; Cour de Liège, 30 juill. 1890; Cour d'Amiens, 14 févr. 1906, D. 07. 2. 44). Elle l'autorise, dit Perreau, à tenter toutes les opérations, quel que soit son défaut d'instruction ou d'expérience, sans appeler un de ses confrères (Paris, 4 mars 1898, S., 99. 2. 90), à user de procédés opératoires extraordinaires, comme la brachiotomie pour terminer un accouchement (Trib. Puy, 31 janv. 1881, *Gaz. trib.*, 9 févr. 1881; Trib. Domfront, 28 sept. 1830), à se servir d'instruments de fortune comme une aiguille de tapissier et un ciseau à froid pour pratiquer la craniotomie (Paris, 4 mars 1898, précité).

Mais, à part ces cas où le salut du malade dépend de la rapidité de l'intervention, il faut, pour avoir le droit d'opérer, obtenir : 1° le consentement du malade ou de celui qui en répond, et 2° que ce consentement soit éclairé et conscient.

Aussi étudierons-nous successivement dans cette première partie les principes au nom desquels le consentement du malade doit être obtenu, les différentes modalités de ce consentement, la forme qu'il doit revêtir et les sanctions dont peut être passible le chirurgien qui a négligé de le demander ou qui est intervenu contre la volonté de son client.

CHAPITRE PREMIER

LE PRINCIPE DU CONSENTEMENT DU MALADE

Le fait d'exiger du chirurgien le consentement du malade à l'acte opératoire est la simple reconnaissance de la souveraineté absolue de l'individu sur son corps. « Je suis maître de ma peau », dit le vulgaire. Le législateur a reconnu ce droit dans son intégrité — le suicide même est au-dessus de toute sanction pénale — et n'y a admis que deux exceptions : l'avortement criminel (C. pén., art. 317) et les mutilations pratiquées dans le but de soustraire un individu aux obligations militaires (L. 21 mars 1905, art. 80).

Les auteurs ont suivi le législateur. Perreau, dans ses *Éléments de jurisprudence médicale*, affirme que chacun possède sur sa propre personne un droit exclusif et spécial opposable à tous, comme une sorte de propriété de son être. Nul n'a le pouvoir d'y porter atteinte, fût-ce pour son bien, fût-ce dans la meilleure intention du monde. Le médecin est, comme tous les autres, obligé de respecter ce droit de la personnalité, alors même qu'il aurait agi exclusivement dans l'intérêt de la santé du malade.

Balmory, dans sa thèse de doctorat en droit (Toulouse, 1909), est du même avis. Chacun est maître de son corps. A l'intéressé seul, en règle générale, appartient le droit de décider si, dans une circonstance donnée, il veut, pour échapper à un mal plus ou moins grand, courir tel ou tel risque pour sa santé ou pour sa vie, s'il entend se soumettre à telle ou telle médication, à telle ou telle opération.

« En opérant sans le consentement du malade, écrit Gué-

not, le médecin a empiété sur les droits d'autrui. Il existe un certain nombre de droits inhérents à la nature humaine que toute personne a le droit de faire respecter. »

Et Verger : « Il faut admettre que, sauf le cas de démence, d'état confusionnel transitoire ou de perte de connaissance, la liberté des malades d'accepter ou de refuser telle ou telle thérapeutique doit rester entière. »

Il importe peu que l'opération ait été nécessitée par l'état du patient et qu'elle ait été pratiquée avec toute l'habileté désirable : le médecin qui a opéré un malade sans son autorisation a manqué à une obligation qui lui incombait : il a donc commis une faute spéciale qui engage sa responsabilité en dehors même de toute faute opératoire proprement dite. Par cela seul que le praticien n'a pas consulté son client avant de l'opérer, il a assumé tous les risques de l'intervention chirurgicale qu'il a entreprise, et tous les résultats malheureux de l'opération pourront lui être imputés, quelle que soit leur cause directe ou indirecte.

Ainsi, le consentement exigé pour légitimer l'acte opératoire est un hommage rendu à la dignité de la personne humaine. Est-ce plus ? Est-ce pour le malade une garantie de soins plus habiles et plus éclairés ? Peut-être l'a-t-on cru en demandant que le consentement soit donné « en toute connaissance de cause » par l'intéressé ? Au vrai, cette seconde exigence n'a pratiquement aucun sens, car, le chirurgien ayant exposé ses raisons d'intervenir, ou bien le malade s'en remettra à lui en toute confiance, consentement éclairé ne signifie plus rien alors, ou bien le malade opposera son refus obstiné à la proposition du chirurgien. L'expression « en toute connaissance de cause » est alors vicieuse, car seul l'homme de l'art a la véritable connaissance de ce qu'il indique. Le malade ne peut juger sainement, d'abord parce qu'il n'est pas possible de lui faire assimiler en quelques instants le produit de l'expérience si délicate de l'art de guérir, et aussi parce que le simple fait d'être malade lui ôte une bonne part du sang-froid nécessaire pour discuter les

indications opératoires. Les médecins n'en donnent-ils d'ailleurs pas chaque jour la preuve en appelant, lorsqu'ils sont malades, leurs confrères à leur chevet, les laissant maîtres de les soigner comme ils l'entendent, car ils savent bien que la maladie les prive de la faculté de juger d'une façon parfaitement saine l'état où ils se trouvent et la thérapeutique qu'il nécessite ? C'est pourquoi il ne faut voir, dans l'obligation d'obtenir le consentement du malade à l'acte opératoire, qu'une marque de respect à l'égard de la personne humaine. Le patient est incapable de juger l'avis de l'homme de l'art. La seule garantie qu'il puisse avoir de l'excellence du traitement qu'on lui propose est dans la dignité de celui à qui il se confie, de celui qui « se substitue à lui », selon l'expression de Sébilleau.

Ce principe de la nécessité du consentement du malade à l'intervention chirurgicale est net. Son application est facile lorsque le patient est capable et libre de fournir l'autorisation demandée. Mais il est de nombreux cas où sa volonté n'est pas seule à compter. Il en est d'autres où elle n'a pas de valeur légale. Aussi devons-nous envisager, dans les deux chapitres suivants, les cas dans lesquels le malade est capable de donner son consentement, mais où il ne peut le donner seul, et ceux où il est incapable de le faire.

CHAPITRE II

LE MALADE EST CAPABLE DE DONNER SON CONSENTEMENT, MAIS IL NE PEUT LE DONNER SEUL

Sous cette rubrique, nous étudierons le consentement de la femme mariée, celui des militaires et celui des bénéficiaires des différentes institutions de prévoyance et d'assistance sociales.

I. — *Le consentement de la femme mariée.*

Nous avons vu qu'il est nécessaire, avant de pratiquer une opération chirurgicale, d'obtenir « le consentement du malade ou de la personne sous l'autorité de laquelle le malade se trouve ». La femme, dit le Code civil (art. 213), doit obéissance à son mari. Cette obéissance doit-elle s'appliquer à tout, même à la santé ? En se mariant, la femme perd-elle ses droits sur sa personne propre ? En un mot, la femme mariée est-elle libre de se faire opérer de son propre mouvement et sans l'autorisation de son mari, ou l'autorité et la volonté maritales sont-elles prépondérantes, même sur ce point ? La législation est muette à ce sujet et les tribunaux n'ont pas voulu se prononcer : « Attendu, a dit la 1^{re} Chambre du Tribunal civil de la Seine (*Ann. hyg. publ. et méd. lég.*, 1907, p. 36 et suiv.), que le tribunal n'a pas à statuer en principe sur la nécessité pour un docteur, avant de faire une opération sur une femme mariée, d'obtenir l'autorisation de son mari... » De sorte que nous sommes obligé, dans le cas particulier, d'étudier la question unique-

ment dans les exposés théoriques qu'elle a suscités et de tirer nos conclusions pratiques des suggestions des auteurs qui s'en sont occupés.

Selon Perreau, lorsqu'on opère une personne mariée, le consentement du conjoint, quel qu'il soit, est nécessaire, car chacun des époux ayant un droit égal sur la personnalité de l'autre, aucun des deux ne peut disposer de sa personne sans le consentement de l'autre. L'auteur des *Eléments de jurisprudence médicale* admet cependant que si la vie du malade se trouvait engagée, son autorisation suffirait, malgré le refus de son conjoint, le droit à la vie n'étant pas abdiqué par suite du mariage.

« Quand vous devez opérer une femme mariée, disait Brouardel, n'oubliez jamais de demander l'autorisation du mari, qui est aussi indispensable que le consentement des parents quand l'opération porte sur des enfants. »

Et M^e Hollander, du barreau de Paris, soutenait en 1907, devant le Tribunal civil de la Seine, que « la puissance maritale serait un vain mot s'il n'était pas possible au mari de donner ou de refuser son consentement à une opération ».

Ainsi l'autorité du mari sur la femme est-elle absolue. Le mariage donne au premier un véritable droit de vie et de mort sur la seconde.

Tous les auteurs ne partagent pas cette opinion. M. Bru la réfute dans sa thèse de doctorat en droit (Lyon, 1911), en précisant les droits acquis par le mari dans le mariage et ceux que conserve la femme dans cet état. La nécessité d'assurer l'unité de direction dans le ménage, dit-il, a inspiré aux législateurs certaines règles qui limitent la liberté d'action de la femme, mais dont il ne faut pas exagérer la portée. L'article 213 du Code civil pose en principe que la femme doit obéissance à son mari. Mais il n'y a là qu'une règle des plus vagues. Le seul effet de la puissance maritale, c'est le pouvoir pour le mari de fixer le lieu de la résidence conjugale (C. civ., art. 214), l'autorité du chef de famille a aussi pour conséquence indirecte la prépondérance du mari

dans l'exercice de la puissance paternelle et dans la gestion des biens communs. On peut enfin rattacher au pouvoir marital l'obligation imposée à la femme d'obtenir l'autorisation de son époux pour accomplir un acte juridique, mais l'incapacité de la femme mariée a plutôt pour fondement la nécessité de protéger la femme.

Dans l'état actuel de notre droit, le mari n'a que des pouvoirs limités sur la personne de sa femme. Il n'est donc pas raisonnable de soutenir qu'il peut autoriser ou défendre telle ou telle intervention chirurgicale qu'il faut entreprendre sur elle. Lui donner ce droit, c'est lui permettre de disposer de la vie de la malade.

On fonde le droit du mari sur l'incapacité de la femme. Mais cette incapacité ne vise que les actes juridiques. En dehors du domaine juridique proprement dit, la femme est affranchie de la nécessité de l'autorisation maritale. Or il n'est pas douteux que le fait d'accepter de subir une opération ne constitue pas un acte juridique.

Si le consentement du mari est obligatoire, l'autorisation de la justice deviendra nécessaire toutes les fois que le mari refusera son consentement ou sera dans l'impossibilité de le donner. Qu'on juge alors de la situation du chirurgien obligé d'opérer sans en avoir le droit ou de laisser mourir sa malade !

En Belgique, la Commission administrative des Hospices de Bruxelles estime que le consentement de la femme suffit pour pratiquer une opération, malgré l'opposition du mari :

« Considérant que la seule disposition à examiner à ce point de vue est l'article 213 du Code civil, imposant à la femme mariée le devoir d'obéissance à son mari, que cette disposition n'accorde de prédominance au mari, dans la société conjugale, qu'en ce qui concerne les intérêts collectifs de la famille et qu'elle ne saurait lui servir pour porter atteinte aux intérêts individuels de son conjoint; que, parmi ceux-ci, il faut ranger le droit de la vie et, par conséquent, celui de recourir aux soins médicaux et chirurgicaux qui lui

sont conseillés et offerts par des praticiens savants, expérimentés, habiles... le Comité est d'avis que, sauf en cas d'urgence absolue, il est opportun de prévenir le mari, lorsqu'une femme mariée est confiée à leurs soins et se trouve dans le cas de devoir subir une opération chirurgicale qu'elle réclame, mais, d'autre part, qu'il y a lieu de passer outre à l'opposition du mari si la femme persiste dans sa volonté et si l'opération est déclarée nécessaire par les autorités médicales. »

Enfin, pour le Docteur Paul Boudin, la femme est parfaitement maîtresse de son corps : elle a donc complètement le droit de se faire opérer sans solliciter l'autorisation de son mari. Mais cet auteur apporte une restriction à la liberté de consentement de la femme dans le cas d'une opération mutilante empêchant la procréation. Dans cette conjecture, dit-il, « le mariage n'étant socialement institué que dans le but de la procréation et pour la transmission du patrimoine de famille à l'enfant légitime, sans violer le but même du mariage, la femme n'a pas le droit de se faire enlever les deux ovaires, ou l'utérus, sans l'avis préalable de son mari, les deux époux seraient-ils séparés de fait. En effet, une réconciliation ultérieure peut survenir et, tant que le divorce n'aura pas rendu la liberté complète aux deux conjoints, le mari conserve le droit de dire son mot lorsqu'il est question de castrer sa femme, cela dans l'intérêt de la famille. »

En un mot, pour les uns, la femme perd en se mariant ses droits sur son corps; pour les autres, sa souveraineté sur sa personne reste intacte. Le bon sens veut qu'on approuve la seconde opinion. Mais les tribunaux n'ont pas encore tranché le débat. Quelle devra donc être la conduite du chirurgien en présence d'une femme mariée dont l'état nécessite une opération ? La question se pose de plusieurs façons, suivant la situation de la femme vis-à-vis de son mari et suivant son état de santé.

a) *Lorsque la femme vit avec son mari.* — Dans le cas d'urgence, il faut décider que seul importe le consentement

de la femme. Dans les cas non pressants, il est sage de demander l'autorisation d'opérer au mari. Lorsque ce dernier ne veut se rendre à aucune raison, Hay suggère de conseiller à la femme de s'adresser au tribunal pour obtenir l'autorisation nécessaire. Balmary est du même avis, ajoutant que « le mari, sauf le cas d'urgence extrême, pourrait recourir à l'autorité judiciaire et faire nommer un expert dans le cas où il prétendrait que l'honneur et l'intérêt de la famille se trouvent en jeu. Le juge statuerait alors sur l'avis de l'expert ».

b) *Lorsque la femme vit séparée de son mari.* — Séparation de corps ou simple séparation de fait, Guénot prétend que le consentement du mari est nécessaire. Pour Manche, l'avis du mari est parfaitement inutile si la femme est consentante. Dans les cas où la femme ne peut donner son consentement, le médecin, selon cet auteur, agit sagement en sollicitant l'avis du conjoint. Mais il conseille de passer outre à cet avis, s'il est opposé au sien propre, en couvrant toutefois sa responsabilité par une consultation avec des confrères. Hay juge plus prudent d'obtenir l'assentiment des deux époux, sauf, bien entendu, dans les cas d'urgence.

Le Docteur Paul Boudin envisage la question sous l'angle du règlement des honoraires et il émet deux hypothèses : dans la première, la pension alimentaire de la femme est suffisante pour supporter les frais d'une intervention chirurgicale. Le consentement du mari est alors inutile. Dans la seconde, l'époux sera appelé à régler tout ou partie des honoraires médicaux sur les biens de la communauté, aussi aura-t-il le droit, comme administrateur de cette communauté, de décider si la femme sera opérée dans telle ou telle clinique privée ou à l'hôpital.

c) *Lorsque, enfin, la femme est divorcée,* les liens du mariage sont complètement rompus, le médecin n'a nul besoin de se préoccuper du mari. La femme est absolument libre.

Dans les différentes éventualités que nous venons d'envi-

sager, nous supposons la femme mariée en pleine possession de son jugement et de son libre arbitre. Mais il est deux sortes de cas où ceux-ci font plus ou moins complètement défaut, nous voulons parler des états d'une gravité extrême où l'on ne peut songer à parler de consentement conscient de la malade, et des accouchements dystociques. Dans les premiers de ces cas (malade sans connaissance, subcomateuse, complètement prostrée, etc.), la situation est nette, il faut, sauf urgence extrême, obtenir le consentement du mari avant d'opérer.

Dans les *cas d'accouchements dystociques*, le problème est plus complexe, car l'intervention chirurgicale n'intéresse pas seulement la malade, mais aussi l'enfant. Nous laissons de côté les cas d'extrême urgence, où le médecin n'a à se soucier d'aucun consentement et où il doit agir selon sa conscience et les directives scientifiques de son art. Dans tous les autres cas, les auteurs s'accordent à affirmer la nécessité d'un consentement. Celui de la parturiente est-il suffisant ? A-t-elle le droit d'imposer sa volonté si celle-ci doit être fatale à son enfant ?

La Commission administrative des Hospices de Bruxelles a exprimé, en 1900, l'avis suivant :

1° Si la parturiente, soignée dans un hôpital, agissant de sa pleine liberté d'esprit, refuse de se laisser opérer, l'accoucheur, après lui avoir fait toutes les représentations nécessaires, doit s'incliner devant sa volonté nettement exprimée;

2° Si elle ne consent à se laisser opérer que dans des conditions déterminées, l'accoucheur doit encore s'incliner, à moins que ces conditions ne soient inacceptables en elles-mêmes ou contraires aux règles de l'art et de nature à rendre l'opération plus dangereuse qu'utile, cas auquel l'accoucheur doit s'abstenir;

3° Que, cependant, il peut se présenter des cas exceptionnels où, à raison de ce que, par suite de l'état habituel ou accidentel de la parturiente, elle peut ne pas être considérée

comme ayant son libre arbitre et que, devant la nécessité évidente d'une opération, après avoir, si c'est possible, pris l'avis du mari, ou, à défaut, des proches parents, l'accoucheur doit agir d'autorité, sous sa responsabilité morale, que, en pareil cas, sa responsabilité matérielle ne peut être envisagée, soit au point de vue pénal, soit au point de vue civil, que s'il est reconnu, en fait, qu'il y ait eu abus de sa part, ou qu'il ne s'est pas conformé aux règles certaines de son art.

Mais que décider lorsque le mari oppose un refus absolu à ce que le médecin opère sa femme ? Ne peut-on dire que l'époux, qui est chef de famille, a le droit de donner son opinion ? « Voici, en effet, dit le Docteur Paul Boudin, une situation obstétricale qui, bien que ne revêtant pas un caractère d'extrême urgence, oblige l'accoucheur à envisager le sacrifice de l'enfant pour sauver la mère, sinon ce sera la mère qui sera sacrifiée pour que son enfant vive; en se plaçant au point de vue des intérêts matériels, en délaissant tout côté affectif, le mari peut envisager la mort de sa femme pour que l'enfant puisse survivre. Celui-ci héritera de sa mère et le père restera administrateur des biens de famille, ou pourra ultérieurement hériter de son enfant, alors que, le ménage étant jusqu'ici resté stérile, le mari serait obligé de rendre la fortune de sa femme à la famille de celle-ci, si elle venait à décéder. »

Que peut ou que doit décider le médecin ? A qui obéira-t-il ? Au mari qui ne songe qu'à ses intérêts égoïstes, mais se présente comme chef de famille ? A la femme qui veut vivre ?

En sens contraire, c'est la mère qui se refuse à une opération (symphyséotomie, césarienne) qui peut sauver son enfant, alors que le père est consentant pour cette intervention.

Hay estime que l'avis de la mère est prépondérant et que, dans cette dernière hypothèse, le médecin doit se résigner à ne pas opérer la mère et à sacrifier l'enfant.

P. Boudin croit que lorsque l'urgence n'est pas telle qu'on ne puisse recourir à une consultation médicale, le docteur doit appeler un de ses confrères, envisager le cas et agir.

Si la mère est consentante à l'opération, alors que le père s'y oppose, les médecins passeront outre à cette défense, après avoir rédigé une consultation par écrit, en double exemplaire, l'un qu'ils remettront à la parturiente ou à l'un de ses parents, l'autre pour eux-mêmes, pour servir plus tard de pièce de justification, tout en respectant les obligations du secret professionnel.

Si la mère se refuse à se laisser opérer, les deux médecins devront s'appuyer sur l'avis du père qui devra leur donner son consentement par écrit. Dans ce dernier cas, les médecins devront considérer la malade comme ne jouissant pas complètement de sa faculté de décision et la traiter comme une mineure ou une aliénée. Ils opéreront puisqu'ils seront couverts par l'acquiescement du père et qu'il y a une vie à sauver, celle de l'enfant.

Si, enfin, les résultats de l'intervention sont problématiques, tant pour la vie de l'enfant que, surtout, pour celle de la mère, les médecins devront s'incliner devant le refus absolu de la parturiente et s'abstenir de toute intervention.

Telles sont les diverses déterminations qu'il peut être donné au médecin de prendre dans les cas d'accouchements dystociques. Comme le fait remarquer le Docteur P. Boudin, « il est impossible de donner une ligne de conduite *ne varietur*; la science du droit n'est souvent pas compatible avec les situations délicates de la profession médicale. Le praticien doit fréquemment prendre pour guide sa conscience, qui lui dicte son devoir, au mépris des règles juridiques, lesquelles ne comptent guère lorsqu'il y a une vie à sauver. Mais, par prudence, ajoute-t-il, les docteurs feront bien, hormis les cas de très grande urgence, de se consulter à deux ou à trois, pour prendre une décision par écrit et arrêter leur ligne de conduite. En pareille matière, conclut-il, *væ soli* » !

Nous n'avons, pour notre part, rien à ajouter à ces derniers mots. Ils résument parfaitement les impressions que l'on retire de l'étude de ces diverses conjonctures, celle de la complexité des situations qui peuvent se rencontrer, le regret de l'absence de dispositions légales à ce sujet et la nette perception de la situation délicate et dangereuse du médecin en de telles occurrences.

II. — *Le consentement des militaires.*

La question du consentement des militaires est très particulière. Nous ne la citons que pour mémoire, car on n'admet pas dans l'armée de discussion à ce sujet. La volonté de l'individu doit plier devant l'intérêt général. Il s'agit avant tout de conserver à l'homme sa valeur entière au regard de la collectivité ou de faire tout ce qui est possible pour lui, en faire recouvrer l'intégrité. Sa volonté doit s'incliner devant la décision des gens compétents, celle des médecins en l'occurrence. Le fait de refuser un traitement ou une intervention jugés nécessaires pour leur santé est considéré comme un refus d'obéissance, auquel on réserve trois sortes de sanctions :

1° des sanctions disciplinaires (qui sont les punitions portées aux règlements militaires);

2° des sanctions pénales (C. just. milit. armée de terre, art. 218), ainsi :

le soldat Delattre, condamné à cinq ans de travaux publics pour refus de subir le traitement électrique du Docteur Vincent;

le soldat Beausoleil, condamné à trois mois d'emprisonnement pour refus de se soumettre à une opération;

le soldat B..., atteint de syphilis, condamné pour avoir refusé de se soumettre à une injection mercurielle intramusculaire (Conseil de guerre d'Orléans, 7 sept. 1916);

3° enfin la sanction directe, sous forme du traitement imposé par la force.

On peut s'insurger contre ces façons de juger et d'agir, en invoquant le respect dû à la personnalité humaine et les droits imprescriptibles de l'individu sur son corps. On peut discuter les effets de cette mainmise de la collectivité sur l'individu et des pouvoirs que s'arroe la première au mépris de la volonté du second, mais il faut reconnaître cependant que, dans ces cas particuliers, l'intérêt général et l'intérêt individuel se rejoignent lorsqu'on oblige un soldat à subir l'opération ou le traitement qu'on juge — en toute conscience — nécessaires à son état.

III. — *Le consentement des bénéficiaires des lois sociales.*

La promulgation des différentes lois d'assistance sociale a placé nombre d'individus dans des conditions nouvelles, très particulières, vis-à-vis des médecins. Jusqu'en 1893, à l'établissement de la législation sur l'Assistance médicale gratuite, le malade était seul, en face de son médecin, pour accepter ou refuser le traitement de ce dernier et en supporter la charge pécuniaire. Son droit de disposer de lui-même était absolu et n'admettait juridiquement aucun tempérament.

Mais la loi du 15 juillet 1893 a interposé entre le médecin et le malade indigent, le département, ou la commune, qui doit payer les frais médicaux et pharmaceutiques.

La loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail, celle du 1^{er} avril 1898 sur la mutualité, les assurances diverses de droit commun contre les accidents, la législation du 5 avril 1928-avril 1930 sur les assurances sociales, ont progressivement diminué la liberté du malade de disposer de lui-même.

Le médecin soigne le malade et est responsable envers lui de ses actes professionnels. Mais il a aussi une responsabilité vis-à-vis du « tiers payant » qui règle les frais du

traitement. Ce dernier a voix au chapitre, puisque les soins sont à sa charge et il a, de ce fait, le droit de demander que la guérison survienne le plus tôt possible, afin de diminuer ses charges de traitement et d'indemnisation journalière. Il a le droit de demander la guérison la plus parfaite possible, puisqu'il aura souvent à payer une rente d'invalidité.

L'intérêt du malade et celui de l'organisme qui assure son traitement semblent donc solidaires. La guérison la plus prompte et la *restitutio ad integrum* la plus parfaite les avantagent également. Cependant les conflits sont fréquents entre l'assisté et la collectivité qui prend soin de lui. Le malade peut refuser une opération par crainte des dangers ou des souffrances qu'elle entraîne, ou par paresse, lorsque l'intervention chirurgicale est capable de lui assurer une guérison plus rapide que le traitement médical, ou plus parfaite, ce qui diminuera le taux de son incapacité permanente. Le droit de refuser l'opération — dans ces cas — subsiste-t-il intégralement ou doit-il être tempéré par l'avis du tiers payant ?

La jurisprudence est assez riche à ce sujet. Aussi pourrons-nous trouver, dans l'étude des cas qui furent soumis jusqu'à ce jour à l'appréciation des tribunaux, une réponse à la plupart des questions qu'a posées l'édiction des lois sociales, suivant en cela le Docteur Paul Boudin, qui a fait de ce sujet un exposé magistral sous le titre : *Le consentement aux opérations en conflit avec les lois sociales*.

A. — L'assistance médicale gratuite.

La loi du 15 juillet 1893 fait supporter à l'Etat, aux départements et aux communes les frais du traitement des Français malades et privés de ressources. Aucune indemnité journalière de chômage n'est allouée, aussi les conflits sont-ils peu fréquents, le malade n'ayant souvent pas grand intérêt à prolonger son incapacité de travail.

Les seuls cas susceptibles de créer un conflit entre l'assisté et la commune sont ceux où, la commune disposant d'un lit à l'hôpital, le maire voudrait y faire transporter le malade contre son gré, puisque ainsi la commune n'aurait à faire les frais ni d'un traitement médical, ni d'une intervention chirurgicale, et ceux dans lesquels le médecin déclare que l'assisté ne peut être soigné suivant les exigences de son état qu'à l'hôpital et où le malade s'oppose à son transport. En refusant cette hospitalisation, le malade indigent ne peut-il être censé renoncer au bénéfice de la loi du 13 juillet 1893 ? Cette question n'a pas encore été posée devant les tribunaux et nul ne lui a encore donné de solution. Il n'en est pas de même pour les accidents du travail.

B. — Les accidents du travail.

L'application de la loi du 9 avril 1898 a soulevé de nombreux conflits. Par l'effet de cette loi, le chef d'entreprise est tenu d'assurer les soins de l'ouvrier blessé auquel il verse, en outre, un demi-salaire journalier pendant toute la durée de l'incapacité de travail.

D'une manière générale, de l'obligation imposée au patron d'indemniser la victime des conséquences de l'accident et d'acquitter le montant des frais médicaux et pharmaceutiques, quels qu'ils soient, découle l'obligation pour l'ouvrier de se soumettre aux moyens de guérison prescrits par la science (Trib. civ. Marseille, 30 mai 1902, *Rec. min. trav.*, II, 93). Mais il arrive que par ignorance, paresse ou pusillanimité, des ouvriers refusent de subir le traitement qui leur est proposé. Quelle sera donc la solution du conflit entre le blessé et son patron ? On ne peut donner de lois générales pour ces cas qui sont d'espèce. Les tribunaux l'ont compris, qui ont reconnu au blessé le droit de se refuser à subir une opération ou à suivre un traitement déterminé, en se réservant d'apprécier les motifs de refus pour en déterminer les conséquences.

Ainsi, la Cour de Douai (1^{re} Ch., 14 nov. 1900, *Rec. min. Trav.*, I, 680) décide que « si le chef d'entreprise peut imposer à l'ouvrier de se soumettre aux prescriptions des médecins et parfois à certaines opérations de petite chirurgie qui ne présentent aucun danger et doivent améliorer sa capacité professionnelle, l'ouvrier ne saurait être contraint de subir une opération dont les résultats ne sont pas certains, qui ne peut être effectuée que sous le chloroforme et toujours dangereuse par les conséquences et complications qui peuvent survenir. Dès lors, c'est à bon droit que l'ouvrier se refuse à quitter son domicile et à entrer dans un hôpital pour y subir la cure radicale de deux pointes de hernie. »

D'ailleurs, la Cour de Nancy (1^{re} Ch., 24.1.1903, *Conc. méd.*, 1903, 748) décide qu'on ne saurait imposer à l'ouvrier blessé dans son travail l'obligation de recevoir des soins dans une clinique spéciale, « une pareille contrainte étant inconciliable avec le respect de la liberté humaine ».

Le refus de l'ouvrier peut être motivé par des divergences d'ordre scientifique survenues entre les praticiens qui l'ont examiné. Par suite, le patron reste tenu des suites de l'aggravation de l'état de cette victime (Cour Caen, 8 mai 1917, *Rec. Caen*, 1919, 27).

En effet, si l'on peut admettre que le patron soit en droit de se prévaloir du refus de l'ouvrier de se soumettre à une opération chirurgicale, encore faut-il que l'opération envisagée présente toutes les garanties de réussite (Cour Lyon, 19 nov. 1919, *Rev. gén. acc. trav.*, févr. 1920, 47).

A plus forte raison, une véritable opération, accompagnée de risques et appelée à un résultat qu'on ne saurait affirmer, ne peut être imposée par les juges à un ouvrier blessé (Cour de Lyon, 1^{re} Ch., 23. 1. 1923, *Rev. gén. acc. trav.*, 1924, 322). Il est, en effet, téméraire d'affirmer qu'une opération chirurgicale, même sans l'emploi de l'anesthésie générale, ne présente aucun danger. Dès lors, il n'appartient pas aux juges d'ordonner l'intervention, qui serait de nature à guérir un ouvrier, alors surtout que celui-ci se refuse à s'y prêter (Trib.

départ. Alpes-Maritimes, 13 nov. 1926, *Gaz. trib.*, 24 mars 1927).

Il faut, cependant, que le refus de l'ouvrier ait une apparence de raison, sinon on ne saurait faire supporter au chef d'entreprise les conséquences de la négligence de la victime, qui, soit en ne suivant pas les prescriptions de son médecin, soit en se refusant à une opération sans danger ou à un simple examen, laisse aggraver son affection ou reste plus longtemps qu'il n'est nécessaire en état d'incapacité temporaire. C'est en ce sens qu'ont jugé le Tribunal civil de Narbonne (17 janv. 1900, *Rec. min. trav.*, I, 380), la Cour de Rennes (10 déc. 1901, *Rec. min. trav.*, II, 154), le Tribunal civil de Saint-Etienne (29 janv. 1904, *Rec. min. trav.*, V, 21), la Cour de Bordeaux (13 déc. 1903, *Rec. min. trav.*, V, 52).

Dès lors, le juge de paix est fondé à réduire ou même à supprimer l'indemnité journalière (Justice de paix Saint-Etienne, 29 janv. 1904, *Rec. spec. acc. trav.*, 1903-1904, 393; Cass., 31 déc. 1912, *Rec. spec. acc. trav.*, 1913, 300).

La Cour d'appel de Nancy (13 mars 1921, *Conc. méd.*, 1921, 2367) a sanctionné ces décisions dans une affaire où le blessé avait refusé de laisser le médecin explorer son doigt pour déterminer la place du corps étranger qui y était entré, en fixant la consolidation de la blessure au 1^{er} avril 1918, date probable de la guérison normale, au lieu du 19 janvier 1919, date de la consolidation effective, retardée par le mauvais vouloir de la victime.

De même, la Cour de Lyon (13 janv. 1923, *Conc. méd.*, 1923, 3773, *Monit. Lyon*, 30 juill. 1923) a décidé que si les tribunaux ne peuvent obliger la victime d'un accident du travail à subir une opération chirurgicale en raison des aléas qu'elle peut présenter, ils ne sauraient faire supporter au patron, quoique responsable de l'accident, les conséquences du refus de l'ouvrier à supporter une intervention, ou de l'hésitation de celui-ci à la subir. Par suite, le service du demi-salaire doit cesser et celui de la rente viagère doit commencer à la date à laquelle se serait produite la consolidation de la bles-

sure si l'ouvrier avait accepté l'opération lorsqu'elle lui a été conseillée et non point à la date à laquelle il a tardivement consenti à la subir.

Ainsi, en refusant le traitement approprié à son état, l'ouvrier reste dans son droit, mais son refus peut entraîner la diminution ou la suppression de son indemnité journalière, ainsi que la fixation anticipée de sa consolidation. Ce refus aura encore une conséquence, en cas d'incapacité permanente partielle de travail, en ce qui concerne la fixation d'une rente.

La jurisprudence est unanime à reconnaître au blessé la liberté et le droit de se refuser à toute intervention chirurgicale, surtout si l'opération présente quelque danger ou est d'une certaine importance. Par contre, il doit supporter les conséquences de sa résistance si l'opération ne présente aucun danger (Trib. civ. Nice, 17 mai 1911, *Rec. acc. trav.*, 1911, 187).

C'est au médecin expert, commis par le tribunal, qu'il appartient de se prononcer sur la validité du refus de l'ouvrier (Trib. civ. Saint-Etienne, 16 avril 1919, *Rev. gén. acc. trav.*, 1920, 47). Ainsi, un ouvrier blessé au médius est libre de ne pas consentir à l'ablation de son doigt. Mais il lui sera appliqué le taux de l'incapacité qu'il aurait conservée si l'opération avait été pratiquée (Cour Lyon, 27 mars 1920, *Rev. gén. acc. trav.*, 1920, 244).

Il en est surtout ainsi lorsque l'opération proposée doit réduire considérablement le pourcentage de l'incapacité permanente (Douai, 1^{re} Ch., 24 nov. 1926, *Rev. gén. acc. trav.*, 1927, 308).

Quant à l'ouvrier qui, systématiquement, refuse de se laisser soigner, ou qui apporte une mauvaise volonté évidente à recevoir des soins éclairés, il verra sa rente réduite dans une certaine proportion (Trib. civ. Dijon, 4 févr. 1926, *Rev. gén. acc. trav.*, 1927, 160).

Un blessé à l'œil refuse de laisser pratiquer l'énucléation de l'organe malade. Une ophtalmie sympathique se produit

sur l'autre œil et l'ouvrier devient complètement aveugle. Il ne peut invoquer les dangers que lui aurait fait subir l'opération, pratiquée sous anesthésie locale, et, par suite, doit supporter les conséquences de son refus (Cour de Douai, 1^{re} Ch., 5 déc. 1928, *Jurispr. Douai*, 2 mars 1928; Trib. civ. Lille, 1^{re} Ch., 6 mars 1930, *Nord judiciaire*, 1^{er} mai 1930).

Cependant l'âge avancé du blessé peut justifier son refus d'opération, du moins jusqu'à un certain point, alors que l'anesthésie générale pouvait lui faire courir des risques et qu'il n'est pas prouvé que l'opération eût certainement évité une incapacité permanente à l'ouvrier (Trib. civ. Nantes, 10 déc. 1929, *Rec. acc. trav.*, II, 2929).

Ainsi, *avant la consolidation*, le refus opposé par l'ouvrier au traitement nécessité par son état peut entraîner pour lui la fixation anticipée de sa consolidation (Nancy, 13 mars 1921, préc., et Lyon, 13 janv. 1923, préc.) ou bien supprimer toute indemnité (Rennes, 10 déc. 1901, D., 02. 2. 299, S., 02. 2. 135; Cour de Besançon, 31 déc. 1901, S., 02. 2. 135; Cour d'Angers, 11 août 1902., S., I, 03. 2. 203; Cour d'Aix, 17 janv. 1903, D., 04. 2. 97).

La rente, en cas d'incapacité permanente, peut être calculée non d'après l'état du blessé, mais seulement sur l'invalidité qui aurait subsisté si la victime avait consenti à se laisser soigner (Trib. civ. Narbonne, 17 juill. 1900, D., 01. 1. 30; Cour d'Aix, 21 déc. 1901, *Gaz. Pal.*, 1902. 1. 187; Cour de Douai, 10 avril 1905, et Grenoble, 15 avril 1905, S., 05. 2. 196; D., 191. 2. 206).

Mais *une fois la consolidation fixée*, l'état de la victime est censé être devenu définitif. Aussi n'est-il pas admis que le patron puisse imposer à l'ouvrier une opération grâce à laquelle il recouvrerait une partie de sa puissance de travail et ainsi pourrait voir diminuer sa rente (Cass. civ., 16 déc. 1912, Nancy, 20 nov. 1912, *Gaz. pal.*, 1912. 2. 675).

De même, l'ouvrier est sans droit dans sa demande de révision s'il est prouvé que l'aggravation dont il tire argument est justiciable d'une opération ou d'un traitement sans

risque sérieux auquel, cependant, il refuse de se soumettre (Cass., 15 févr. 1910, G. D., 11. 1. 303; 8 juin 1918, D., 21. 1. 81).

Après la consolidation, l'ouvrier est en droit de se refuser à toute nouvelle intervention, sans diminution de sa rente (Cass. Ch. civ., 16 déc. 1912, *Rec. min. trav.*, XV, 401, Cour de Nancy, 14 avril 1920, *Droit ouvrier*, 1920, 170).

A contrario, la victime peut elle-même réclamer le bénéfice d'une opération pour obtenir une guérison plus rapide ou pour faire supprimer la cause d'une ancienne infirmité diminuant sa capacité de travail. Et si l'opération, bénigne en soi, provoque une catastrophe imprévisible ou une complication qui augmentera le pourcentage de l'incapacité permanente, c'est l'assureur qui devra supporter les charges de ladite complication.

Mais le patron est-il obligé de consentir à cette opération, qui, comme toute intervention, comporte des risques, bien que le blessé ait pris l'engagement écrit de ne rien réclamer ? Par arrêt du 23 juillet 1923 (*Rec. Douai*, 1923, 316), la Cour de Douai a répondu qu'en matière d'accidents du travail, il n'appartient pas au juge, même sur conclusions de l'ouvrier blessé, d'ordonner une opération chirurgicale destinée à améliorer son état, opération à laquelle le blessé peut toujours recourir, en tout état de cause, à ses risques et périls, ou à laquelle il peut être procédé d'un commun accord entre les parties.

Prévenu, le patron, ou le tiers qui doit assumer la charge des frais médicaux et pharmaceutiques, pourra déléguer son médecin contrôleur, qui, après entente avec le médecin traitant, pourra donner son avis à son mandant pour que ce dernier accepte ou refuse les frais et les risques de l'intervention proposée par le blessé.

C. — Les accidents de droit commun.
Les accidents d'automobile.

Si la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail est une loi forfaitaire, laissant à la charge de la victime une partie des conséquences de l'accident, on peut se demander s'il en est de même lorsqu'il s'agit de réparation qui, en vertu de l'article 1382 du Code civil, incombe entièrement à la charge de celui qui a causé le dommage.

A priori, il semble juste que celui qui doit supporter entièrement le fardeau de la réparation du dommage occasionné par sa faute puisse intervenir pour que, par des soins et opérations appropriés, la victime puisse se rétablir aussi complètement que possible et dans le délai le plus réduit. Il en résulterait que la victime serait dans l'obligation de se laisser soigner et de ne pas pouvoir refuser une opération chirurgicale, ou un traitement spécial, sans perdre tout ou partie de ses droits d'indemnisation. Mais la Cour de Rennes (15 juill. 1930, *Rec. Rennes*, 1930, p. 471) a rendu un arrêt duquel il découle que si le blessé ne peut se refuser, sans motif sérieux, à un traitement sans danger, il n'en est pas de même lorsque l'opération proposée ne peut prétendre obtenir un résultat certain et qu'elle soit ou douloureuse ou quelque peu dangereuse.

En pareille matière, les juges ne peuvent que s'en référer à l'opinion des médecins experts qu'ils commettent pour les renseigner.

D. — Les assurances sociales.

La jurisprudence est pauvre en décisions au sujet de l'application de la loi sur les assurances sociales, dont la mise en vigueur est trop récente pour avoir donné lieu à de nombreux jugements. Il faut cependant prévoir que, dans un avenir plus ou moins rapproché, des conflits s'élèveront entre caisses et assurés, ces derniers ayant parfois un intérêt ma-

tériel à faire traîner le plus possible leur affection, surtout en période de chômage.

La caisse pourra-t-elle imposer un traitement à ses ressortissants, lorsque le médecin contrôleur et le médecin traitant seront du même avis ? Le droit aux prestations sera-t-il supprimé comme conséquence du refus de l'assuré ?

De nombreux problèmes ne manqueront pas de se poser. Quelles solutions des tribunaux leur fourniront-ils ? Il serait prématuré — et ce serait sortir du cadre de notre travail — de vouloir en faire le pronostic.

CHAPITRE III

LE MALADE EST INCAPABLE DE DONNER SON CONSENTEMENT

Il est enfin des cas dans lesquels le malade est incapable, en droit, de donner un consentement valable à l'intervention chirurgicale qu'on veut pratiquer sur sa personne. Cette incapacité peut être passagère et accidentelle ou habituelle. Sont frappés de la première les malades comateux ou en état de sommeil anesthésique, de la seconde les enfants et les aliénés.

I. — *Le malade ne peut donner son consentement par suite d'une incapacité passagère.*

Au sujet des malades qui sont dans le coma, nous ne trouvons aucune décision dans la jurisprudence. Le devoir du médecin est d'agir pour le mieux des intérêts du patient.

Mais deux éventualités peuvent se présenter selon l'absence ou la présence de la famille. Dans le premier cas, le praticien est en face d'une situation d'urgence. Il n'a, nous l'avons vu, à se soucier d'aucun consentement. Dans le second, il doit demander à la famille son opinion. Si cet avis est opposé à sa décision d'opérer, quelle doit-être sa conduite ? Ici encore, les avis sont partagés. Les uns pensent qu'il faut s'incliner devant la volonté des parents, les autres, estimant que les proches du malade peuvent se laisser guider par des préventions irraisonnées contre la chirurgie ou par des sen-

timents de bas calculs, soit pour ne pas avoir à supporter des frais médicaux, soit pour une question d'héritage en perspective, sont d'avis de passer outre à l'avis de la famille.

Bien entendu, si on en a le temps, une consultation avec un confrère peut trancher le débat, soit en modifiant la décision des parents, soit en couvrant la responsabilité du chirurgien. Mais, quand l'état du malade ne permet pas de temporiser, le médecin se trouve une fois de plus dans une de ces situations trop fréquentes où il doit agir contre sa conscience ou engager dangereusement sa responsabilité.

Lorsque le malade est en état de sommeil anesthésique. — Il peut arriver qu'au cours d'une intervention le chirurgien découvre des lésions qu'il n'avait pas prévues lors de son examen clinique et qui commandent une modification ou une extension de l'opération primitivement envisagée, quelquefois même une seconde opération.

Les tribunaux ont eu à statuer dans plusieurs cas de cette espèce. Dans l'une de ces affaires (Trib. civ. Seine, puis Cour d'appel de la Seine, 28 juin 1923, *Gaz. trib.*, 1924. 2. 59), il s'agissait d'une malade endormie pour subir une hystéropexie et qui montra, après laparotomie, une ovarite kystique bilatérale, pour laquelle on lui fit subir l'hystérectomie et l'ablation des annexes. Dans une autre affaire, le chirurgien, voulant procéder à l'ablation d'un fibrome, constata, en outre, à l'intervention, la présence d'un ulcère de l'estomac pour lequel il pratiqua l'opération de Balfour (Just. paix Brest, 2^e canton, 17 déc. 1926).

Dans ces deux affaires, comme dans toutes celles de même espèce, les tribunaux se rangèrent à l'avis de Guénou, selon lequel la nécessité fait loi et pour lequel, au cours d'une intervention chirurgicale, le praticien doit faire librement le nécessaire. Car, comme le fait justement remarquer la note du Dalloz sous cet arrêt (D. P., 1924. 2. 116), il a semblé qu'en interrompant l'opération en cours pour demander au malade son consentement à l'intervention qui venait de se montrer nécessaire, le chirurgien aurait exposé son client

au plus grave danger et qu'il aurait engagé plus sûrement sa responsabilité. En faisant, au contraire, ce dont les circonstances lui démontraient la nécessité, il avait pris une résolution pour laquelle on pouvait s'en rapporter sans réserve à sa conscience.

Donc, en cours d'intervention, le chirurgien doit faire librement ce que lui dictent les circonstances et l'état de son malade.

Il importe cependant de remarquer l'utilité de la présence à l'opération du médecin de la famille, qui donnera son avis en sa qualité d'homme de l'art représentant le malade anesthésié. La présence du praticien sera une garantie de plus pour le chirurgien, « attendu, a dit le juge de paix de Brest, dans la seconde affaire que nous citons, qu'il appartenait aux médecins à qui la famille s'était confiée de prendre une décision conforme aux règles de l'art et commandée par les circonstances. »

II. — *Le malade ne peut donner son consentement par suite d'une incapacité habituelle.*

Cette incapacité peut provenir de l'âge du malade ou de son état mental, c'est pourquoi nous allons étudier dans cet article les deux questions des opérations sur les mineurs et sur les aliénés.

A. — *Le consentement des mineurs.*

La question des opérations sur les mineurs est pour le chirurgien le domaine le plus fertile en situations délicates. Malheureusement, sur ce point la jurisprudence est muette. Aussi devons-nous nous en tenir à l'examen des doctrines professées à ce sujet.

Les mineurs de 21 ans étant soumis en principe à l'autorité de leurs parents sont, en règle générale, incapables de donner

un consentement valable; ils sont privés de la faculté d'agir juridiquement par eux-mêmes, sauf quelques rares exceptions; ils n'interviennent pas dans les actes qui les concernent : celui de leurs auteurs qui exerce sur eux la puissance paternelle les représente et agit en leur nom.

Pour observer le principe général de la jurisprudence au sujet du consentement aux opérations, le chirurgien devra donc, avant d'opérer un mineur, obtenir l'autorisation « de la personne sous l'autorité de laquelle celui-ci se trouve ». Mais il est un moment où le mineur n'est plus un enfant et où il peut avoir une volonté personnelle. La question se pose dès lors de savoir dans quelle mesure il convient de tenir compte de cette volonté.

Pour la clarté de l'étude, nous diviserons le sujet en deux parties, l'une consacrée au consentement des parents — sans tenir compte des facultés de discernement de l'enfant — l'autre à la valeur de la volonté de l'enfant.

a) LE CONSENTEMENT DES PARENTS.

Le consentement des parents est donc nécessaire pour pouvoir opérer un enfant. La jurisprudence n'ayant rien spécifié à ce sujet, il faut conclure que cette disposition n'admet aucune dérogation.

Qu'il nous soit permis, avant d'examiner les détails de la question, de constater combien cet état de choses est déplorable. Si, en effet, un malade refuse le consentement à une opération que son état exige impérieusement, il supporte lui-même les conséquences de sa décision. On peut regretter son aveuglement, mais le dommage en sera tout personnel. Tandis qu'il est navrant de penser qu'un enfant peut être victime de ses parents par suite d'une décision fatale pour sa vie ou qui en retentira sur tout le cours. Il n'est pas de médecin qui ne puisse citer de cas de ce genre. Et n'avons-nous pas, dans notre très brève pratique, rencontré deux enfants atteints de luxation congénitale de la hanche, parfaite-

ment guérissables, et à qui les parents refusèrent tout traitement, les premiers sous prétexte que « la dot de leur fille ferait oublier sa démarche », les seconds « parce que, disaient-ils, il était né comme ça... on pouvait bien le laisser tranquille... » Il n'entre pas dans le cadre de notre travail de discuter la portée sociale de décisions aussi lamentables, ni de rechercher les moyens d'y remédier. Mais peut-on nous défendre de regretter qu'une question aussi grave reste sans solution et de souhaiter qu'on la résolve en substituant, dans de tels cas, à la volonté néfaste des parents, la décision de conseillers plus éclairés, ou simplement plus désintéressés ?

Les auteurs s'accordent à dire que le consentement à une opération chirurgicale est un attribut de la puissance paternelle. C'est, en effet, le père seul qui exerce en principe l'autorité paternelle. C'est donc à lui qu'il appartiendra de consentir à l'intervention nécessitée par l'état de son enfant. Le Comité consultatif de l'administration générale de l'Assistance publique de Paris, dans sa séance du 25 octobre 1900, a donné le même avis :

« Le Comité,

» Considérant que le chirurgien doit suivre la règle dictée par l'article 373 du Code civil, d'après lequel le père seul exerce l'autorité paternelle durant le mariage, ce qui revient à dire que, en cas de désaccord des parents, la volonté du père est prépondérante, est d'avis :

» qu'en cas de désaccord des parents sur l'opportunité d'une opération, c'est la volonté du père qui doit prévaloir. »

Le consentement de la mère ne sera nécessaire que dans les cas exceptionnels où les pouvoirs de son mari lui seront dévolus : il pourra en être ainsi notamment lorsque le père aura été déclaré déchu de ses droits par application de la loi du 24 juillet 1889.

Si le père est mort, l'exercice de la puissance paternelle passe à la mère. C'est donc à elle qu'appartiendra le droit de consentir aux opérations que l'on peut avoir à pratiquer sur l'enfant.

Lorsque les parents sont divorcés, M. Bru donne les règles suivantes : le père aura le droit exclusif de consentir à l'opération si le divorce a été prononcé à son profit et s'il a la garde de l'enfant; si c'est la mère qui remplit cette double condition, c'est elle que le médecin devra consulter; dans le cas où aucun des deux époux ne satisferait aux exigences de l'article 152 du Code civil, le consentement de chacun d'eux sera nécessaire; s'ils sont en désaccord, leur différend devra être tranché par la justice ⁽¹⁾.

La séparation de corps pouvant entraîner une diminution des droits de puissance paternelle analogue à celle qui résulte du divorce, il faudra donc agir de la même façon dans les deux cas.

Il peut arriver aussi que l'enfant qu'il faut opérer n'a plus ni père ni mère. Les auteurs admettent que, dans ce cas, le chirurgien doit s'adresser au tuteur pour obtenir l'autorisation dont il a besoin.

Enfin M. Bru indique que le mineur n'est pas toujours pourvu de tuteur. Aussi doit-on se demander s'il faut, dans une telle éventualité, réunir le conseil de famille pour organiser la tutelle et demander ensuite au tuteur le consentement nécessaire, ou bien si le conseil de famille aura le pouvoir de consentir lui-même à l'opération. Cette question n'a pas encore reçu de réponse. Et la suivante, sauf pour des cas évidents, est restée, elle aussi, sans solution.

b) FAUT-IL TENIR COMPTE DE LA VOLONTÉ DE L'ENFANT ?

Il est bien évident qu'on ne saurait parler du consentement d'un enfant en bas âge. Le malade est manifestement

(1) Code civil, art. 152, modifié par la loi du 21 juin 1907 : « S'il y a dissentiment entre des parents divorcés ou séparés de corps, le consentement de celui des deux époux au profit duquel le divorce ou la séparation aura été prononcé et qui a la garde de l'enfant suffira. Faute de réunir ces deux conditions, celui des père et mère qui consentira au mariage pourra citer l'autre devant le tribunal de première instance, siégeant en chambre du conseil; le tribunal compétent sera celui du domicile de la personne qui a la garde de l'enfant; il statuera en audience publique et en dernier ressort. »

incapable d'avoir une volonté consciente et, dans cette hypothèse, la doctrine et la jurisprudence (qui n'a statué que sur ce point particulier) s'accordent à décider que le seul consentement à obtenir est celui des parents (Montpellier, 15 déc. 1909, *Gaz. Pal.*, 1910, p. 187, Guenot).

Mais à partir du moment où le malade n'est plus, à proprement parler, un enfant, il peut avoir une volonté personnelle. Dans quelle mesure le médecin devra-t-il tenir compte de cette volonté ?

Certains auteurs ont proposé de trancher la difficulté par une distinction empruntée au droit criminel. Si le malade a plus de 16 ans, on doit présumer qu'il est capable de discernement, le praticien sera donc tenu d'obtenir son autorisation avant de l'opérer. Dans le cas où le mineur a moins de 16 ans, l'homme de l'art aura la délicate mission d'apprécier la valeur du consentement du malade. Mais l'intelligence des enfants n'est pas toujours développée en fonction de leur âge, de sorte qu'on ne peut adopter ce classement en deux groupes, l'un en deçà, l'autre au delà de 16 ans.

Enfin, si l'on admet qu'il est des cas où l'on doit tenir compte de la volonté de l'enfant, il faut envisager, parmi eux, ceux dans lesquels la volonté des parents s'opposera à la décision du mineur. Nous n'exposerons ni ne discuterons les théories proposées à ce sujet et nous nous contenterons de citer la décision prise par le Comité consultatif de l'administration générale de l'Assistance publique de Paris sur ce point :

« Le Comité,

» est d'avis que le chirurgien doit respecter la liberté humaine, même en la personne de l'enfant, s'il reconnaît qu'il est capable de discernement et de volonté consciente et que, en ce cas, les parents ne pourraient pas imposer leur volonté, soit pour l'intervention chirurgicale, soit pour la non-intervention; que, pour l'appréciation en fait de la question de discernement, le chirurgien agira sagement, dans

les cas douteux, en prenant l'avis d'un de ses collègues à l'hôpital. »

C'est le seul avis pratique que nous ayons trouvé. Il n'a, comme le fait remarquer le Docteur P. Boudin, qu'un inconvénient en clientèle, c'est que le médecin risquera de ne jamais être payé si le père, ou le tuteur, n'a pas donné son consentement.

B. — Les interventions sur les aliénés.

Comme sur la plupart des chapitres de la question du consentement nécessaire aux opérations, législation et jurisprudence sont muettes au sujet des interventions à pratiquer sur les aliénés. Ceux-ci peuvent se trouver dans trois positions différentes au regard de la loi, suivant qu'ils ne sont ni interdits, ni internés, ou bien interdits, ou encore internés.

Dans les premiers cas, la démence frappe le malade d'une incapacité juridique absolue de fait. Si l'on considère, comme la plupart des auteurs, que le consentement à l'opération chirurgicale est un acte juridique, les aliénés sont incapables de fournir un consentement valable. Mais il est des cas de démence dans lesquels l'aliénation mentale n'est pas continue et où le malade bénéficie de périodes de lucidité. Les auteurs demandent que l'on obtienne le consentement du malade pendant ces périodes. MM. Garraud et Laborde-Lacoste affirment que « lorsque l'aliéné se trouve dans un intervalle lucide, le principe du consentement propre reprend alors son empire ». Cette exigence semble logique, mais se heurte, en pratique, à de graves difficultés. L'affection nécessitant une opération peut survenir à un moment d'aliénation mentale. On ne pourra pas toujours attendre le retour à la lucidité pour intervenir — il est vrai que le chirurgien est alors couvert par l'urgence. Mais le gros inconvénient de cette opinion est qu'elle impose au chirurgien l'examen délicat, très particulier et souvent du ressort du seul psychiatre, de l'état mental du malade, avant

de poser la question du consentement à l'opération nécessaire. Il faut ajouter au surplus que l'état du malade relevant de la chirurgie ne permet pas toujours cet examen.

Si l'aliéné n'a pas de moments de lucidité, il est toujours incapable de donner un consentement valable. A qui donc le chirurgien devra-t-il le demander ? A la famille ? Mais qu'entend-on par famille ? Quelles en sont les limites ? S'agit-il des ascendants ? des plus proches parents ? d'un conseil familial ? Et, en admettant qu'une définition exacte de ce mot soit donnée par le législateur, quels droits peut revendiquer la famille pour disposer de la personne de l'aliéné ? Plus que partout ailleurs, ne peut-on pas craindre que les proches ne se laissent guider par des considérations étrangères à l'intérêt du malade ?

Lorsque l'aliéné est interdit, le jugement d'interdiction prononcé contre lui substitue à l'incapacité de fait, parfois intermittente, qui résulte de l'aliénation mentale, une incapacité de droit qui est continue. L'aliéné interdit est traité par la loi comme un mineur (C. civ., art. 509) et, comme un mineur, il est pourvu d'un tuteur qui prend soin de sa personne et qui administre ses biens. L'interdit est donc incapable de fournir un consentement valable. Mais l'aliéné interdit peut avoir, lui aussi, des époques de lucidité. Faudra-t-il agir avec lui, à ces moments, comme avec un enfant capable de discernement ? Cette assimilation de l'aliéné au mineur conduit donc à demander au tuteur l'autorisation d'opérer ; mais, en conscience, celui-ci peut-il vraiment se faire juge de l'opportunité de la décision du chirurgien ?

L'aliéné peut être enfin interné dans un asile. S'il est aussi interdit, il sera régi par les règles de l'interdiction. Sinon, il est soumis au régime institué par la loi du 30 juin 1838 qui le frappe d'une incapacité générale. Les biens qu'il peut avoir sont gérés par un administrateur provisoire dont les pouvoirs se limitent aux actes d'administration proprement dits ; un mandataire spécial le représente devant les tribunaux ; enfin, un curateur attaché à sa personne est

chargé par la loi de veiller à ce que les revenus du malade soient employés à adoucir son sort et à accélérer sa guérison. Ce dernier doit aussi réclamer sa sortie dès que son état le permettra. Malgré cette incapacité générale dont l'aliéné interné est frappé par la loi, les auteurs admettent que si celui-ci a des moments de lucidité, il faut en profiter pour obtenir son consentement lorsque son état nécessite une opération. Si son aliénation mentale est continue, le médecin, d'après Manche, dispose de la plus complète liberté. Le Docteur Briand estime, lui aussi, que le chirurgien peut opérer sans s'occuper de la famille dès que sa conscience lui en fait un devoir, et il appuie son avis sur le fait que, la famille n'intervenant en rien dans la décision d'internement, qui est prise par l'autorité administrative, il n'y a pas lieu de tenir compte de son avis, puisque, légalement, le médecin n'a pas de relations avec elle : « Il ne doit s'inspirer, dans sa détermination, que de l'état mental de l'aliéné et de la gravité des lésions matérielles qui motivent son intervention. »

Ces idées sont excellentes. Mais, ici comme ailleurs, nous sommes obligé de regretter qu'elles n'aient pas été approuvées par des décisions officielles et de constater qu'en s'y conformant le chirurgien est dans l'ignorance absolue de la façon dont les tribunaux pourraient apprécier sa conduite au cas d'action intentée contre lui dans une affaire de ce genre.

Vis-à-vis des tribunaux, la situation du chirurgien est incertaine et précaire. Telle est l'impression que l'on garde de cette étude du consentement du malade à l'acte opératoire. Le législateur n'a pas parlé de cette question. La jurisprudence a posé le principe de la nécessité de ce consentement, mais sans envisager les différentes modalités qu'il peut revêtir, ni sans en préciser suffisamment les conditions. Parmi les nombreuses éventualités qu'offre la pratique courante, il en est peu qui aient été l'objet de décisions de

justice. Dans quelques cas même, les tribunaux ont refusé de se prononcer.

Au chirurgien soucieux d'éviter de voir ses décisions professionnelles soumises à l'appréciation des tribunaux, on ne peut, pour la majorité des cas, exposer que des théories, loin même d'être universellement admises. Une seule règle est certaine : il faut l'autorisation du malade. Faute d'y satisfaire, l'homme de l'art engage sa responsabilité.

De quel ordre est cette responsabilité? Quelles en sont les sanctions? Comment s'y soustraire? Tels sont les points que nous allons envisager en conclusion pratique de cette première partie de notre travail.

CHAPITRE IV

CONSEQUENCES JURIDIQUES DE L'OPERATION PRATIQUEE EN L'ABSENCE DU CONSENTEMENT DU MALADE OU AU MEPRIS DE SON REFUS

En opérant un malade sans le consentement ou contre la volonté de celui-ci, le chirurgien engage sa responsabilité. Cette responsabilité est-elle d'ordre pénal ou simplement civil?

Il n'existe pas de texte visant l'hypothèse d'un traitement médical ou d'une opération chirurgicale effectués sans le consentement du patient ou au mépris de son refus justifié. Il n'existe pas non plus de disposition qui proclame, d'une façon générale, le caractère licite, au point de vue de la loi pénale, des traitements médicaux et des interventions chirurgicales, et qui définisse les conditions auxquelles ces faits doivent être considérés comme licites. Lacune fâcheuse, disent MM. Garraud et Laborde-Lacoste, car la question de savoir si les médecins et les chirurgiens traitant ou opérant sans consentement encourent une responsabilité pénale, suppose bien précisée, comme base de discussion et comme critérium de solution, le caractère licite des traitements médicaux et des opérations chirurgicales. Dans l'opinion la plus répandue, les médecins et chirurgiens sont considérés comme bénéficiant, pour leurs traitements et opérations, du fait justificatif résultant de la « permission de la loi ». La permission de la loi est une cause de justification très générale, suffisante à rendre pleinement licite un fait qui, non

permis ni ordonné par la loi, tomberait sous le coup de la répression. Aussi est-il admis que, quand la législation organise une profession comportant nécessairement l'accomplissement d'actes prohibés en principe par la loi pénale, ceux-ci, si du moins sont respectées les conditions normales de l'exercice de la profession, deviennent licites.

« La profession médicale, disent MM. Garraud et Laborde-Lacoste, est établie et réglementée à la fois dans l'intérêt individuel et dans l'intérêt social : elle n'est licite que si elle s'exerce dans ce double intérêt. De là trois conditions également indispensables pour qu'une opération ou un traitement puissent être considérés comme licites, parce qu'effectués avec « la permission de la loi » : le consentement du patient (sauvegarde du droit individuel à l'intégrité corporelle), l'absence d'imprudence ou de négligence professionnelle ou extraprofessionnelle (application du principe d'après lequel tout homme est responsable de sa faute : sauvegarde de l'intérêt individuel et de l'intérêt social); il faut enfin que le médecin ou le chirurgien agisse dans un but curatif (c'est-à-dire dans le but d'améliorer ou de conserver la « valeur sociale » des individus).

» Lorsqu'un seul de ces éléments fait défaut, le traitement ou l'opération ne sont plus justifiés et ils restent susceptibles d'une répression pénale, si, du moins, à défaut d'un texte visant spécialement l'hypothèse, on trouve une disposition générale de la législation pénale s'appliquant à ces faits au point de vue matériel et au point de vue moral. »

Pour ces auteurs et M. Garçon, le chirurgien opérant sans consentement relève des articles 309 et 311 et 319-320 du Code pénal (coups et blessures volontaires, homicide, coups et blessures involontaires) : « Une interprétation strictement juridique des termes des articles 309 à 311, disent-ils, amène à considérer qu'en thèse générale les traitements, et surtout les opérations, entrepris et menés sans le consentement du malade ou malgré son refus constituent des coups et blessures volontaires. »

Les tribunaux n'ont rendu que deux arrêts à ce sujet, mais qui sont nets :

Le Tribunal correctionnel de Lyon (15 déc. 1859, D., 59. III. 87) : « A cause de leur nature même, on ne peut assimiler un traitement médical ou une opération chirurgicale aux coups et blessures prévus par l'article 309. »

Et la Cour d'appel d'Alger (17 mars 1894, S., 95. 2. 237, D., 95. 2. 69) : « La qualification de blessures par imprudence est inapplicable aux opérations et aux traitements non consentis. »

Aussi MM. Garraud et Laborde-Lacoste reconnaissent-ils que « la conscience populaire et la conscience juridique, quelle que puisse être la force des raisonnements qui, en l'état de textes analogues aux articles 309 à 341 du Code pénal, imposent cette solution, répugnent à assimiler le traitement et l'opération à but curatif et effectués avec la science et la prudence nécessaires, mais non consentis, à des coups et blessures volontaires. »

Ainsi, le fait d'opérer un malade sans son consentement ne saurait entraîner de sanctions pénales. Le chirurgien, en agissant ainsi, n'engage que sa responsabilité civile, d'où il pourra résulter pour lui une condamnation à des dommages-intérêts.

Le consentement du malade dégage donc la responsabilité du chirurgien, mais c'est encore à ce dernier qu'incombe la charge de fournir la preuve de cette autorisation. Le Tribunal de Liège (27 nov. 1889, *Gaz. trib.*, 2. 1. 1890), dans un jugement confirmé par la Cour de Liège le 30 juillet 1890 D., 91. 2. 284), a déclaré que l'autorisation du malade ne se présume pas et que la preuve de cette autorisation est à la charge du médecin. Elle ne peut se déduire du fait par le malade qu'il appelle le chirurgien en consultation, ou qu'il entre dans un hôpital, car il ne peut être censé consentir par avance à toutes les opérations dont il ne peut avoir aucune idée. De sorte que l'idéal serait de se faire donner une autorisation écrite. Là-devant, il ne pourrait y avoir de discus-

sion. Mais la chose est délicate et rarement réalisable en pratique, ne serait-ce que parce que contraire à l'esprit même de la profession médicale, basée d'abord sur la confiance réciproque du malade et du praticien.

D'autre part, la preuve par témoins est rendue presque impossible, à cause de l'obligation au secret professionnel. Force sera donc d'invoquer les dispositions de l'article 1384 du Code civil prévoyant que, lorsqu'il est impossible de se procurer un écrit, la preuve sera faite par tous moyens et sera même tirée des circonstances de fait. La plus sûre résidera dans la présence à l'opération du médecin traitant, représentant du malade et de sa famille : « Sa présence seule, dit le Docteur P. Boudin, constitue un acquiescement à l'opération. »

Le chirurgien est en présence d'un malade à opérer. Maître absolu de son corps, le patient donne à l'homme de l'art l'autorisation de pratiquer l'intervention jugée nécessaire. Il lui remet tous ses pouvoirs sur sa personne et lui accorde toute liberté d'action. Celle-ci est-elle entière, en droit, ou a-t-elle des limites autres que celles que marque au chirurgien sa conscience? Le consentement du malade est nécessaire pour qu'une intervention chirurgicale soit licite. Cette condition remplie est-elle suffisante au regard de la loi? Le consentement valable du chirurgien à l'opération reconnaît-il d'autres obligations? C'est ce qui fera l'objet de la seconde partie de ce travail.

DEUXIÈME PARTIE

Le consentement du chirurgien

« C'est chose royale que de faire le bien et d'en être blâmé. »

(MARC-AURÈLE.)

Pendant longtemps, on n'a demandé aux chirurgiens, une fois obtenu le consentement du malade à l'intervention, que d'agir « avec science et conscience », dans l'intérêt du patient. Les tribunaux ne songeaient pas à discuter le principe des opérations. Les magistrats jugeaient avec raison que la question n'était pas de leur compétence. « Il ne s'agit pas, disait l'avocat général Dupin, de savoir si tel traitement a été ordonné à propos ou mal à propos, s'il devait avoir des effets salutaires ou nuisibles, si un autre n'aurait pas été préférable, si une telle opération était ou non indispensable, s'il y a eu imprudence ou non à la tenter, adresse ou maladresse à l'exécuter, si avec tel ou tel instrument, d'après tel ou tel procédé, elle n'aurait pas mieux réussi : ce sont là des questions scientifiques à débattre entre docteurs et qui ne peuvent constituer des cas de responsabilité civile et tomber sous l'examen des tribunaux. » (Cass., 1835, affaire du Docteur Thouret-Noroy contre Guigne).

Mais, depuis quelques années, le principe de certaines opérations a été mis en cause, apprécié et sanctionné par les tribunaux. De sorte qu'à l'heure actuelle le chirurgien est obligé, avant d'opérer, non seulement d'obtenir le consentement du malade, mais encore de se demander si l'intervention qu'il va pratiquer sera susceptible d'être approuvée

en justice. Car les magistrats n'admettent pas que le chirurgien ne relève que de sa conscience dans l'exercice de sa profession. Pour eux, l'acte chirurgical est nécessaire dans quelques cas et quelquefois admissible, mais il doit souvent être prohibé.

Le consentement du malade ne suffit pas à rendre licite une opération. Pour éviter d'engager sa responsabilité, le chirurgien doit satisfaire en outre à certains principes qui, appliqués à la lettre, réduisent singulièrement le domaine de son art. Ainsi jugulée, la chirurgie peut-elle atteindre son but et le chirurgien accomplir sa mission entière? C'est ce que nous allons essayer de déterminer

CHAPITRE PREMIER

LIMITES, EN DROIT, DE LA CHIRURGIE LES PRINCIPES QUI LES TRACENT

Le législateur et les auteurs s'accordent à reconnaître à l'individu un droit absolu et illimité sur sa personne. C'est au nom de ce droit qu'on exige du chirurgien qu'il obtienne, avant d'opérer, le consentement du malade qui l'a appelé. En principe donc, l'effet juridique normal de l'acceptation de l'opération est d'exclure toute responsabilité pénale ou civile pour tous les intéressés.

Mais, si l'on accorde à l'individu une puissance sans limites légales sur sa personne, on lui dénie le droit de la déléguer entièrement à autrui. L'adage *consentienti non fit injuria* n'a jamais été admis par les tribunaux (Cass. civ., 27 nov. 1911, Poitiers, 13 juill. 1914). On ne peut autoriser à pratiquer sur soi que des opérations qui satisfassent à deux conditions : la première est que l'intervention n'aille pas à l'encontre de la morale publique, et la seconde que le chirurgien poursuive un « but curatif ».

Sur la première condition l'accord est facile : on appelle opération illicite et contraire aux bonnes mœurs une intervention chirurgicale destinée à servir *uniquement* d'expérience et ne pouvant être d'*aucune utilité* pour celui qui accepterait d'en être le sujet (art. 1131-1133). On trouve rarement, en pratique, des chirurgiens qui tentent de telles opérations et des individus qui acceptent de s'y soumettre. Nous n'en avons relevé qu'un cas, celui d'un chirurgien de Lyon qui, pour expérimenter une méthode personnelle de chirurgie esthétique des seins, s'assura le concours d'une vieille

femme, guidée uniquement par le besoin d'argent, et non par la moindre nécessité physique ou même morale. La patiente, bien qu'ayant accepté par écrit toutes les conditions du chirurgien, intenta en justice contre ce dernier une action fondée sur le fait que l'opération lui avait laissé au sein des cicatrices et des gaufrures. Le tribunal déclara le chirurgien parfaitement responsable du dommage causé à la femme, mais le condamna d'abord pour avoir contrevenu aux articles 1134-1133. (Lyon, 27 juin 1913, D., 14. 2. 73, *Gaz. Pal.*, 26 nov. 1913). De cet arrêt découlent donc deux conclusions : tout d'abord, c'est que la chirurgie d'expérience pure est interdite, et ensuite qu'on ne peut valablement exonérer à l'avance une personne du dommage qu'elle peut vous causer.

Le première proposition n'est pas menaçante pour les progrès de la chirurgie, car, en règle générale, lorsqu'un chirurgien se risque à des interventions nouvelles et audacieuses, il se trouve en présence d'un malade qui pourra retirer un bénéfice de son initiative et non en face d'un simple sujet d'expérience. Ainsi ne relève-t-il pas des articles 1134-1133.

Par contre, la seconde conclusion de l'arrêt du Tribunal de Lyon devra inciter les chirurgiens à la prudence au regard des tribunaux, car elle montre bien que l'appréciation de l'acte chirurgical par les magistrats n'est pas influencée par le consentement du malade et la décharge qu'il peut avoir donnée à l'homme de l'art des conséquences de son intervention.

Ce jugement, suivant en cela les autres décisions de justice (1), ne reconnaît pas dans un contrat les clauses d'exonération de responsabilité. Selon les auteurs, et suivant la jurisprudence, les conventions sont libres mais ne sont pas sans limites. L'ordre public est supérieur à la volonté des

(1) Cass., 9 déc. 1893, S., 94. 1. 141; Cass., 6 févr. 1895, S., 95. 1. 164; Cass., 9 nov. 1898, S., 99. 1. 398; Cass. 22 févr. 1900, S., 1900. 1. 212; Cass., 31 déc. 1900, S., 01. 1. 401; Cass., 1^{er} déc. 1902, S., 03. 1. 147; Cour de Paris, 3 avril 1903, *Le droit*, 2 mai 1903.

Cass., 15 mars 1876, Cass., 18 avril 1882, S., 82. 1. 245; Cass., 2 juin 1886, D., 86. 1. 265; Cass., 12 déc. 1894. 1. 225; Cass., 23 oct. 1903, S., 04. 1. 437.

parties (C. civ., art. 6). Or, l'ordre public exige que celui qui a souffert d'une faute trouve devant lui un responsable. Il serait immoral que la victime d'un dommage injuste supporte seule les effets d'un manquement qui n'est pas le sien. « Nul ne peut s'affranchir des conséquences de sa faute personnelle, nul ne peut stipuler qu'il ne répondra pas de ses fautes et de ses délits. » (Cour de Rouen, 15 mars 1886.)

« La responsabilité édictée par les articles 1382 et 1383 du Code civil ne peut être écartée par une convention entre les parties... ces articles sont d'ordre public... il n'est permis à personne de se soustraire d'avance à leur application. » (Trib. de Saint-Etienne, 10 août 1886).

Un malade ne peut donc renoncer valablement à son droit éventuel de demander des dommages-intérêts à son médecin. « Si l'homme de l'art, dit M. Bru, veut éviter de supporter les conséquences de ses erreurs professionnelles, le droit commun ne lui offre qu'un moyen : l'assurance. »

Cette seconde conclusion du jugement dont nous venons de parler dépasse le cas particulier qui lui a donné naissance. Et elle démontre que, toujours exposé aux conséquences de l'ingratitude et de la cupidité du malade, le chirurgien ne dispose, en droit, d'aucun moyen préventif qui puisse le soustraire à l'appréciation incertaine des magistrats, ni aux sanctions qu'il leur plaira d'appliquer à ses actes, pour aussi consciencieuses qu'aient été sa décision et son intervention.

Car l'accord n'existe pas entre les chirurgiens et les magistrats sur la notion de la faute. Nous n'envisageons pas ici la question des fautes opératoires, qui sort du cadre de notre étude. A côté de ces fautes, il en est qui, aux yeux des magistrats, proviennent de la simple décision de pratiquer certaines interventions, lesquelles, cependant, aux yeux des chirurgiens et des malades, sont parfaitement légitimes. Seules sont licites, disent les magistrats, les opérations qui poursuivent un « but curatif ». C'est bien aussi l'avis des médecins. Le litige naît de ce que le problème est mal posé et que les mots « but curatif » n'expriment pas l'exigence qui les a dictés.

Qu'est-ce, en effet, que le but curatif, sinon la fin même de tout acte médical ou chirurgical? Le malade se confie au médecin ou au chirurgien pour qu'il le guérisse ou, tout au moins, pour qu'il le soigne de son mieux. Il ne lui vient pas à l'idée que l'homme de l'art ait une autre raison d'exercer sa profession. Faire de la médecine, de la chirurgie, qu'est-ce, sinon de chercher par tous les moyens à guérir, c'est-à-dire poursuivre un but curatif? Il ne faut donc pas prendre ces mots à la lettre. Ce serait accuser les magistrats d'inconscience ou d'irréflexion.

Ceux-ci ont mal choisi leurs termes, en employant ces mots, pour exprimer qu'une opération ne doit être permise que lorsqu'elle est imposée par une nécessité thérapeutique absolue (Trib. civ. Seine, 1^{re} Ch., 23 févr. 1929, *Gaz Pal.*, 2 mars 1929). Car, lorsqu'il s'agit de juger une affaire chirurgicale, les magistrats sont obsédés par l'idée des dangers de la chirurgie... pour ne pas dire, en outre, la méfiance des chirurgiens. Partant du principe que la chirurgie expose, pour des résultats souvent sans utilité pour la vie même du malade, à des risques d'une gravité extrême, ils exigent que cette branche de la thérapeutique soit réservée aux cas dans lesquels le bénéfice qu'on pourra retirer de l'intervention est de nature à balancer les risques auxquels elle expose (arrêt Cour de Paris, 12 mars 1931, affaire Dujarier).

C'est un principe de bon sens qui veut que le risque d'une opération soit proportionné au but à atteindre. Les chirurgiens sont les premiers à l'exiger. Et ainsi ils sont en plein accord avec les magistrats. Cependant ils sont souvent jugés d'une façon absolument opposée au bon sens. Cela, pour la simple raison que les uns et les autres n'ont pas la même notion du risque opératoire.

Pour les magistrats, le risque chirurgical est un. L'opération la plus bénigne pouvant exposer aux dangers les plus graves, il importe de réserver cette thérapeutique aux cas dans lesquels elle est absolument nécessaire.

Il n'en est pas de même en réalité. Il existe, en effet, deux

sortes de risques, le risque vital, danger de mort, et le risque curatif, danger de non-guérison. Risque vital et risque curatif sont, dans l'état actuel de la science, prévisibles ou imprévisibles.

Le risque prévisible varie avec chaque opération. Il domine et détermine toute la thérapeutique chirurgicale. Les divers temps opératoires ne sont calculés et réglés que pour éviter la manœuvre mortelle. Les perfectionnements de la technique ne sont pas autre chose que le perfectionnement de la prévision du risque. Plus la prévision s'étend, plus le risque diminue.

La prévision du risque est intimement liée au progrès de la science. Celle-ci étant imparfaite, la prévision du risque l'est aussi. C'est pourquoi, à côté du risque prévisible, il y a le risque imprévisible en l'état actuel de la science. Une opération comporte toujours un risque imprévisible, soit vital, soit curatif. Aucun chirurgien ne peut donc, pour aussi simple que soit l'intervention qu'il va pratiquer, écarter d'avance tout danger de mort ni promettre la guérison parfaite.

« Entreprendre une opération, dit le Docteur Brisard, c'est lutter contre la nature qui est infiniment complexe et dérober l'avenir. Le chirurgien ne peut donc tout prévoir parce qu'il ne sait pas tout et parce que l'avenir n'est à personne. En prenant possession de son opéré, il ne peut suspendre la marche du destin dont il n'est pas le maître absolu. Réciproquement, en se confiant au chirurgien, le malade ne saurait avoir la prétention de se décharger sur lui, même une minute, des servitudes et incertitudes de ce monde. »

« Il y a une part d'incertitude dans toute opération, dit le Professeur J.-L. Faure. Les malades le savent, et pourquoi discuterait-on sur une opération, si cette part d'incertitude n'existait pas ? »

Mieux que personne, le chirurgien sait l'existence du risque imprévisible. Cependant, il ne peut en tenir compte ni avant, ni pendant, ni après l'opération, parce que, par définition, celui-ci échappe à toute technique chirurgicale. On

ne peut prévoir l'imprévisible. En fait, d'ailleurs, ce risque est très rare, ce qui le rend d'autant plus impondérable. Seul importe le risque prévisible. C'est le risque chirurgical vrai, le risque opératoire tout court, le seul qu'il faut envisager quand on a à juger d'un cas de responsabilité chirurgicale.

Le chirurgien, dit-on, n'a pas le droit de faire courir un risque disproportionné au but à atteindre. Mais il observe cette prescription par la force même des choses. Le risque opératoire est d'autant plus grand que l'urgence vitale et curative est plus pressante. Plus la nécessité d'opérer s'affirme, plus le risque opératoire s'aggrave. En d'autres termes, on peut dire : à affection grave, risque grave; à affection bénigne, risque bénin. Sans doute, il y a des exceptions, mais cette règle est vraie dans l'immense majorité des cas.

Telle est la vraie nature du risque en chirurgie. Sa connaissance est la justification même des décisions opératoires que condamnent les magistrats lorsqu'ils trouvent disproportionnés les risques et les avantages d'une opération. N'ayant pas fait la discrimination entre les deux sortes de risques (prévisible et imprévisible), ils ne peuvent juger autrement. Et ils n'admettent l'emploi des thérapeutiques chirurgicales que lorsqu'elles ne peuvent être remplacées par aucune autre. Ils donnent ainsi à la chirurgie des limites si étroites que celles-ci, respectées à la lettre, ne sauraient que nuire aux malades qu'ils croient protéger contre le zèle intempestif des chirurgiens.

C'est dans le jugement rendu par le Tribunal civil de la Seine contre le Docteur Dujarier (1^{re} Ch., 25 févr. 1929) qu'est exposée la doctrine professée par les magistrats à l'endroit de la chirurgie. Comme nous allons le voir, il comporte des considérations qui, si elles étaient admises et généralisées, rendraient pour ainsi dire impossible l'exercice de la chirurgie.

L'étude de ce jugement va nous permettre de préciser la nature des seules opérations que les magistrats admettent, en application de leurs principes.

CHAPITRE II

LA CONDAMNATION DU DOCTEUR DUJARRIER : SES CONSEQUENCES PRATIQUES

Une jeune femme, affligée d'une hyperplasie graisseuse diffuse des deux membres inférieurs, qu'aucune thérapeutique médicale n'a pu modifier, s'adresse à un chirurgien et le supplie de la débarrasser de ce qu'elle estime être pour elle, dans sa situation, une infirmité grave. Le chirurgien la fait entrer dans son service d'hôpital et l'opère. L'intervention se montre difficile, aussi ne la pratique-t-on que sur une seule jambe. Une gangrène septique se déclare. Le chirurgien est obligé de pratiquer l'amputation de la jambe.

La malade assigne alors le chirurgien en 500.000 francs de dommages-intérêts pour la réparation du préjudice qu'elle prétend lui avoir été occasionné par l'intervention chirurgicale, à la suite de laquelle l'amputation de la jambe dut être effectuée.

Le Tribunal civil de la Seine approuve les revendications de la malade et condamne le chirurgien par le jugement suivant :

JUGEMENT DU TRIBUNAL CIVIL DE LA SEINE

(1^{re} Ch., 25 févr. 1929, *Gaz. Pal.*, 2 mars 1929.)

LE TRIBUNAL,

Attendu que la dame Le G... et son mari, pris tant en son nom personnel que pour la validité, ont assigné D... en 500.000 francs de dommages-intérêts pour la réparation du préjudice qu'ils pré-

tendent leur avoir été occasionné par l'intervention chirurgicale pratiquée le 27 février 1926 sur la dame Le G... et à la suite de laquelle, le 23 mars suivant, l'amputation de la jambe gauche au-dessous du genou dut être effectuée; qu'ils exposent : qu'ayant fondé une maison de couture et trouvant ses jambes trop fortes, la dame Le G..., alors Dlle G..., alla consulter le Docteur Léopold-Lévy, qui la dissuada d'un traitement médical, et, sur son insistance, lui indiqua l'adresse d'un chirurgien, le Docteur D...; qu'au dire de la dame Le G..., D..., non seulement ne lui déconseilla pas l'intervention chirurgicale, mais la lui présenta comme rapide, facile et sans risques; qu'il la décida à subir cette opération immédiatement, en la faisant entrer d'office le lendemain même, non dans une clinique, mais dans son propre service à l'Hôpital Beaujon, où l'opération eut lieu le 27 février, sans avoir été précédée d'aucun examen préalable; que l'opération, qui devait porter sur les deux jambes, ne fut pratiquée que sur la jambe gauche; qu'au lieu de durer quelques minutes, elle se prolongea pendant une heure et demie; que la brèche ouverte dans le mollet était si large qu'il fut impossible de la fermer par des points de suture et que D... dut garrotter fortement la jambe; que la compression excessive ainsi exercée, empêchant la circulation du sang, après avoir occasionné des souffrances atroces, entraîna la gangrène; puis la destruction des tissus et mit la vie de la dame Le G... en tel danger que D..., le 20 mars 1926, déclara que si la jambe n'était pas coupée d'urgence l'opérée pouvait succomber dans les quarante-huit heures; qu'il rédigea même un certificat attestant que la Dlle G... était en danger de mort; et que c'est le certificat qui permit à Le G... d'épouser à l'Hôpital celle qui n'avait été jusqu'alors que sa fiancée; que l'ablation de la jambe fut pratiquée le 23 mars, qu'elle fut suivie de soins longs et coûteux, qu'elle contraignit la dame Le G... à quitter la direction de sa maison de couture; que les époux Le G... sont en droit d'obtenir réparation du préjudice qui leur a été causé; qu'ils formulent des conclusions subsidiaires aux fins d'expertise pour le cas où le tribunal ne serait pas, quant à présent, suffisamment éclairé;

Attendu que D..., sans contester formellement la matérialité des

faits ci-dessus exposés, soutient qu'il n'a commis aucune faute ni imprudence qui puisse engager sa responsabilité; que, par suite, la demande des époux Le G... n'est nullement justifiée;

Attendu cependant qu'il ne conteste pas que l'opération pratiquée ait été entreprise non pour soulager une souffrance, ni pour remédier à un état pathologique défectueux ni même pour corriger une monstruosité physique ou une difformité véritable, mais uniquement dans le dessein de réaliser l'amaigrissement des jambes de la dame Le G..., c'est-à-dire de corriger une imperfection physique, d'ailleurs relative;

Attendu, d'autre part, que le caractère de gravité des risques encourus est établi *sans qu'il soit nécessaire de recourir à l'appréciation d'experts*; qu'il ne paraît pas sérieusement contesté par D... qu'on le trouve d'ailleurs formulé dans un document produit simultanément par les consorts Le G... et par D... lui-même et où il est énoncé, sous la signature de la doctoresse Noël, ancien interne des hôpitaux de Paris : « La réduction des grosses jambes est une opération très délicate et qui exige un repos d'un mois environ pour limiter les risques que comporte une intervention aussi sérieuse »;

Attendu, dès lors, quelles que soient la conscience et la haute valeur professionnelle de D... et le désintéressement dont il a fait preuve en ne réclamant pas d'honoraires, que le fait même d'avoir entrepris une opération comportant des risques d'une réelle gravité, sur un membre sain, dans le seul but d'en corriger la ligne et *sans que cette intervention soit imposée par une nécessité thérapeutique ni même qu'elle puisse présenter une utilité quelconque pour la santé de l'opérée*, constitue à lui seul une faute de nature à entraîner la responsabilité du chirurgien; que cette faute se déduit de la seule application des principes du droit commun, abstraction faite de toute considération médicale et sans qu'il soit besoin pour l'établir de recourir aux lumières des hommes de l'art;

Qu'il importe peu, ce principe de responsabilité étant établi, de rechercher si une faute professionnelle ou non a été commise par D..., tant au cours de l'opération que dans les soins qui l'ont

suivie; qu'en effet, la circonstance qu'aucune faute de ce genre n'aurait été commise ne ferait que souligner le caractère dangereux de l'intervention chirurgicale en elle-même puisqu'il serait ainsi démontré que l'opération a abouti à l'amputation de la jambe après avoir mis l'opérée en danger de mort, malgré que toutes les précautions aient été prises et toutes les règles de l'art observées;

Attendu que D..., pour échapper à cette responsabilité, fait plaider en premier lieu par son défenseur que si l'opération n'a pas été imposée par une nécessité physique elle l'a été par une nécessité morale; qu'en effet, la Dlle G..., dont la surexcitation était extrême, lui aurait dit qu'elle se donnerait la mort s'il refusait de l'opérer;

Mais attendu que si cette circonstance, d'ailleurs déniée par la demanderesse, était établie, il en résulterait que celle-ci était dans un état d'exaltation telle que son libre arbitre était obnubilé, par suite que *son consentement à subir l'opération n'a été ni libre ni conscient*; qu'on comprend moins encore que, dans ces conditions susceptibles de justifier les soins d'un médecin psychiatre plutôt que ceux du chirurgien, D..., au lieu d'ajourner l'opération pour donner à sa cliente le temps de se ressaisir, ait décidé d'y procéder immédiatement, alors qu'aucune urgence ne légitimait cette précipitation;

Attendu que la précaution prise par la demanderesse de consulter tout d'abord un médecin et de ne s'adresser à un chirurgien qu'après s'être enquis d'une personnalité réputée par sa haute compétence, ses titres d'honorabilité et son habileté professionnelle indique sa préoccupation de s'éclairer et de ne se livrer au scalpel qu'en toute confiance; qu'il est infiniment vraisemblable qu'elle eût reculé s'il lui avait été donné d'entrevoir les conséquences terribles de l'intervention sollicitée ou même si D... lui avait simplement exposé le risque qu'elle pouvait courir;

Attendu que D... allègue encore, par l'organe de son défenseur, qu'il n'a pu réussir à suturer la plaie par suite de la rigidité et du manque d'élasticité de la peau de la dame Le G..., que cette défectuosité constitue une anomalie que rien ne pouvait faire prévoir;

Mais attendu que cette circonstance, si elle était établie, ne serait pas de nature à atténuer sa responsabilité; qu'en effet, s'il devait, pour ses points de suture, demander au derme de l'opérée une solidité et une élasticité que tous les tissus cutanés ne sont pas susceptibles de fournir, il a commis une imprudence en ne s'assurant pas à l'avance que la peau de la demanderesse remplissait les conditions voulues; qu'au surplus, cette circonstance ne paraît pas avoir pris D... au dépourvu; qu'en effet, la qualité médiocre de la peau est indiquée par le document ci-dessus précité, produit par D... lui-même, comme étant fréquente chez les sujets atteints d'envahissement graisseux, à cause de l'origine généralement endocrinienne de cette infirmité; qu'il aurait, en tout cas, commis une faute en laissant dépendre la réussite de l'opération de la qualité du tissu cutané qu'il n'avait rien fait pour contrôler;

Sur le quantum des dommages-intérêts : Attendu qu'en outre de la perte de la jambe et des souffrances endurées par la dame Le G..., celle-ci et son mari ont éprouvé un préjudice important dans l'exploitation de leur maison de couture dont la demanderesse n'a pu s'occuper pendant tout le temps où son état de santé a nécessité des soins et qu'elle déclare avoir été dans l'obligation de céder;

Attendu, en tout cas, que son activité se trouve aujourd'hui considérablement réduite de ce chef; que le tribunal possède les éléments d'appréciation suffisante pour fixer à 200.000 francs la réparation du préjudice causé;

Par ces motifs dit que la responsabilité de D... est établie; le condamne à payer aux consorts Le G... 200.000 francs à titre de dommages-intérêts pour la réparation du préjudice causé aux époux Le G...; le condamne à tous les dépens.

Il résulte donc, de ce jugement, que le chirurgien a été condamné :

- 1° parce que l'intervention n'a pas été imposée par une nécessité thérapeutique;
- 2° qu'il y a des opérations dites « facultatives » auxquelles la justice ne veut pas souscrire;

3° que l'exaltation du malade, sous l'influence de sa maladie, fait que son libre arbitre est obnubilé.

Les juges ont estimé, au surplus, que la chose pouvait être jugée en dehors de toute considération médicale, sans recourir aux lumières des hommes de l'art. Et ils ont refusé l'expertise.

Ces considérations illustrent bien l'opinion des magistrats sur la chirurgie et sur son rôle, opinion fondée uniquement sur une notion fausse des risques opératoires.

Les juges n'ont pu définir cette « nécessité thérapeutique », parce qu'ils ne connaissent ni les indications de telles opérations, ni les moyens de ces opérations, c'est-à-dire leurs techniques ainsi que les résultats obtenus. Et cependant ils ont condamné le chirurgien en affirmant que cette nécessité n'existait pas. L'avis du malade ne revêt aucune valeur à leurs yeux. Ils ont estimé qu'il n'y avait pas nécessité d'opérer, et ce fut suffisant pour leur faire négliger de se demander si, dans la décision prise par le patient de se soumettre à une épreuve qui n'allait pas sans quelque risque (ne fût-ce que celui d'un échec cosmétique), il n'y avait pas quelque nécessité vitale.

« Il n'appartient à personne, dit Sébilleau, de déclarer *a priori* que telle opération, parce qu'elle n'a pas un caractère curatif, est une opération inutile et, par conséquent, illicite. Ce qui paraît inutile à l'un peut paraître utile à l'autre et chaque individu a *seul* qualité pour apprécier ce qui lui convient ou non. »

Telle n'a pas été l'opinion des juges qui ont invoqué pour leur justification le prétexte que l'exaltation du malade, sous l'influence de sa maladie, fait que son libre arbitre est obnubilé. Peut-on cependant dire que, quand on est soumis à l'empire d'une maladie ou à l'obsession d'une infirmité, l'émotion dans laquelle on peut se trouver ôte le libre arbitre du malade dans sa demande d'être opéré?

Par cette affirmation, d'ailleurs, les juges se sont mis en

contradiction avec la jurisprudence : d'une part, pour qu'une opération soit licite, on exige du malade son consentement, qu'on estime pouvoir être « conscient et éclairé », et, d'autre part, on affirme que l'état de maladie où il se trouve le prive de son libre arbitre. A laquelle de ces deux propositions conviendra-t-il donc de s'arrêter?

Les magistrats parisiens ont encore condamné le chirurgien pour avoir pratiqué une opération qu'ils disent « facultative », de celles auxquelles la justice ne veut pas souscrire. Mais que peut-on appeler opérations facultatives si ce n'est celles que l'on a la possibilité de ne pas pratiquer? Or ne considérera donc comme chirurgie nécessaire et utile que l'opération d'urgence extrême. Ainsi sera licite le traitement chirurgical d'un ulcus ouvert dans le péritoine, celui d'une grossesse tubaire rompue, d'une perforation appendiculaire, d'une fracture du crâne avec enfoncement, d'une section d'artère. Mais le chirurgien devra se demander si des cas d'urgence à peine moins extrême relèvent de sa thérapeutique. Il y a des hernies étranglées dont l'anneau se relâche et permet le taxis... Parce qu'il y a des occlusions intestinales qui cèdent, pour un temps, à l'ésérine, des appendicites qu'on amende médicalement — et temporairement — le chirurgien devra donc risquer de laisser survenir la catastrophe avant d'intervenir !... Les différentes néoplasies diagnostiquées au début, contre lesquelles la chirurgie est, la plupart du temps, le meilleur moyen de défense, devront donc être abandonnées aux médications radio ou radiumthérapiques?...

Selon les magistrats, la chirurgie, pour le chirurgien, est une nécessité thérapeutique lorsqu'il n'existe pas d'autre moyen de guérison possible. Elle ne l'est, pour le malade, que lorsqu'elle s'adresse à une affection incompatible avec la vie. C'est en partant de ce principe faux que l'on condamne ce qu'on appelle la chirurgie esthétique. On peut vivre avec une bosse, un nez de travers, des yeux bigles, un pied bot, une luxation de la hanche... Tenter de réparer ces difformités est donc illicite. Par ce jugement, on a voulu con-

damner la « chirurgie plastique », mais toute la chirurgie n'est-elle pas plastique, n'est-elle pas l'art plastique par excellence, dont le but est de redresser les erreurs ou de réparer les accidents de la nature? Il n'y a pas une chirurgie « de complaisance » et une chirurgie « de nécessité ». Il est des difformités physiques parfaitement compatibles avec la vie, au sens physiologique du mot, et qui, moralement, peuvent avoir des conséquences graves. C'est le rôle du médecin, et celui du chirurgien, d'empêcher ou d'atténuer toute souffrance physique et morale. Venir à bout d'une souffrance morale, c'est aussi remplir un but curatif. Et il importe de remarquer combien, dans ces cas de petites difformités physiques à conséquences psychiques souvent désastreuses, il est injuste de faire grief au chirurgien de tenter la guérison du malade, lorsqu'on sait que, dans ces éventualités, c'est le malade qui vient spontanément chez le chirurgien, qu'il n'y a donc pas lieu d'accuser ce dernier d'avoir imposé d'une façon ou d'une autre son opinion au patient.

Mais l'idée fausse du risque opératoire dicte aux magistrats leurs jugements. Comme nous venons de le voir, pour s'en tenir à la lettre de leurs arrêts, le chirurgien doit réserver le secours de son art aux cas d'urgence extrême.

Il est évident qu'il aurait suffi aux juges de bien vouloir s'éclairer — suivant les conseils de l'avocat général Dupin — de l'avis d'hommes de l'art qualifiés, pour rendre la justice d'une façon plus conforme à la réalité et plus utile aux malades. Mais, dans la sûreté de leur sens et de leur jugement, ils ont refusé l'expertise des gens compétents en la matière dont ils avaient à connaître. Etaient-ils vraiment qualifiés pour juger de la chose? Ont-ils ainsi rempli leur véritable mission?

CHAPITRE III

LES MAGISTRATS SONT-ILS CAPABLES D'APPRECIER LES ACTES CHIRURGICAUX ?

« De toutes les sciences appliquées, la médecine est la plus difficile, et c'est celle sur laquelle tout le monde se croit capable de discourir, je devrais dire plutôt de divaguer. »

(VERNEUIL.)

La compétence des magistrats n'est pas universelle. A propos de l'affaire Thouret-Noroy, l'avocat général Dupin, dans son réquisitoire, la limitait « aux faits qui sortent de la classe de ceux qui, par leur nature, sont exclusivement réservés aux doutes et aux discussions de la science, du moment qu'ils se compliquent de négligence, de légèreté ou d'ignorance des choses qu'on doit nécessairement savoir ».

Certains tribunaux ont partagé cet avis. D'autres l'ont infirmé. Ainsi, les juges de Paris dans l'affaire Dujarier. Leur décision a été déplorable et elle ne pouvait être différente, dès lors qu'ils jugeaient superflu d'utiliser l'avis d'experts compétents en l'espèce qui était soumise à leur appréciation.

Or, les magistrats sont incapables de juger le fait médical ou chirurgical. Nous avons fixé le point de départ erroné de leur raisonnement, basé sur une notion fausse du but et des risques de la chirurgie. Il faut y ajouter la déformation professionnelle : « Habitué à la rigidité des textes législatifs, dit le docteur P. Boudin, ils se font une idée fausse de la médecine, science essentiellement en évolution, et ils s'imaginent que notre art est aussi précisé, défini, et aussi mathé-

matique que le droit. Et, pourtant, le droit ne l'est pas beaucoup, précis et immuable ! »

Les magistrats ignorent tout des choses médicales et des conditions dans lesquelles s'exerce l'art de guérir. La pratique même de leur profession ne peut que leur rendre moins compréhensible celle de la chirurgie. Ils exercent leur esprit sur le passé, le chirurgien emploie le sien à la recherche de l'avenir incertain. Le but des premiers est de juger des résultats, celui de l'autre est de les produire. A ceux-ci le pouvoir d'apprécier, à celui-là la charge d'agir. Les critiques et l'auteur, mais l'auteur d'une tâche dont il n'est pas le maître absolu, et qu'il ne mène pas toujours à son gré. D'une part des textes, de l'autre la vie. Dogmatisme et pragmatisme...

On ne peut demander aux magistrats d'être aussi des médecins. Ce serait cependant le moyen de pouvoir juger équitablement de la médecine. C'est pourquoi le législateur a donné aux magistrats la faculté d'éclairer leur jugement, en mettant à leur disposition des experts compétents dans les affaires dont ils ont à connaître.

Mais les magistrats jugent trop souvent superflu, dans les procès de responsabilité chirurgicale, de demander ou d'utiliser l'avis des hommes de l'art. Ou bien, les ayant saisis de l'espèce envisagée, ils jugent contre leurs conclusions (Arrêt de la Cour de Paris, 1^{re} Chambre, 6 février 1930.) C'est que les experts, dans ces cas, sont des chirurgiens et que les magistrats nourrissent contre eux les mêmes préventions que contre les autres praticiens. Nous n'émettons pas une affirmation gratuite. Il suffit, pour se convaincre de la vérité de notre assertion, de lire le livre de M. Pommerol, vice-président du Tribunal civil de Lille, sur la *Responsabilité médicale devant les tribunaux*. L'apparition de ce livre a rempli de stupeur le monde médical, car il est l'aveu d'une singulière et déplorable façon d'apprécier médecins et chirurgiens.

L'auteur prétend faire « une étude théorique et pratique de jurisprudence médicale ». Au vrai, l'étude en question

est un prétexte à dire aux médecins leur fait, œuvre de polémique beaucoup plus que travail positif. Comme l'a fait remarquer le Docteur Siauve-Evausy, deux sentiments dominent cette « étude », la méfiance des médecins et la certitude de leur cupidité. La question d'argent y revient à toutes les pages, comme le seul mobile de l'art chirurgical. Tel est le fond de ce livre. Et la forme ne fait qu'accentuer la pénible impression qui s'en dégage. Des termes de mépris (officines radiographiques », p. 49), une ironie douteuse (« ... ce n'est pas... à l'heure où les nombreuses applications des sciences à l'industrie ont obligé les juristes et législateurs à étendre la notion de responsabilité, qu'il faudrait la restreindre au profit d'une catégorie sociale privilégiée, d'un groupe de citoyens, qui seraient les prêtres *tabous* de deux sacrosaintes déesses, la médecine et la chirurgie », p. 24), des suggestions stupéfiantes jaillissent à chaque page de la plume d'un homme dont les fonctions devraient être une garantie de bon sens, de sang-froid et d'équité. Il faut lire ce livre pour apprécier l'atmosphère que l'auteur crée autour des médecins et la façon dont il exerce sa férule sur leur dos, au mépris de toute bonne foi. Car peut-on admettre — en toute équité — des pages du genre de celle-ci :

« On ne saurait davantage admettre que des autopsies soient provoquées dans les hôpitaux pour donner matière à des recherches purement scientifiques. Tout le monde sait, en effet, que les corps des personnes isolées, abandonnées et décédées sans famille à l'hôpital sont des machines à expérimentation et à dissection pour les *carabins*. Cette pratique est admise par les règlements de police. *J'aime à croire cependant que ces malheureux, autopsiés ou disséqués après leur mort, ont été soignés jusqu'à leur dernier souffle avec dévouement et qu'aucune main criminelle ou seulement négligente n'a par action ou par omission « provoqué leur décès » dans le dessein de pourvoir les « morticoles » de chair à autopsie* (p. 42-43).

Que penser de la mentalité de gens qui, investis des fonc-

tions de l'auteur, se permettent de telles suggestions et les livrent au public? Doit-on les prendre pour les idées personnelles de M. Pommerol, ou comme l'expression de la pensée et des sentiments de tous les magistrats? Les protestations furent nombreuses dans le monde médical à l'apparition de ce livre. Il est angoissant de penser qu'aucun magistrat n'a fait connaître qu'il se séparait de l'auteur à propos de ses idées sur la médecine et sur la chirurgie. On peut évidemment attribuer le silence des collègues de M. Pommerol à leur esprit de confraternité. Malheureusement, ceux-ci confirment journellement les sentiments qu'il avoue, par leur façon de rendre la justice. Car peut-on expliquer autrement que par une prévention incroyable vis-à-vis des médecins et chirurgiens la différence scandaleuse de traitement entre ceux-ci et les guérisseurs par les tribunaux? On refuse aux chirurgiens le droit de pratiquer certaines interventions. Et cependant la loi leur a donné tous pouvoirs pour le traitement des maladies. Mais on absout de leurs pratiques les guérisseurs dont le métier même est illégal. Et si, par hasard, l'empirique est condamné, il est au moins curieux de considérer combien la justice lui est légère.

Les magistrats jugent la chirurgie en partant d'une idée fausse. Leur ignorance explique la forme de leur raisonnement et les conséquences qu'elle entraîne. Mais au nom de quel principe nourrissent-ils contre les chirurgiens cette méfiance intolérable qui fausse beaucoup trop de leurs jugements? Pourquoi réserver leur bienveillance aux illégaux dont l'existence est cependant un danger public? Les chirurgiens ne demandent pas de traitement de faveur de la part des tribunaux. Ils demandent la justice et la logique. Leur profession a été réglementée par le législateur, par celui-là même dont les magistrats tiennent leurs pouvoirs. Ou bien les attributions des magistrats sont arbitraires et sans valeur, ou bien leurs prérogatives ont un juste fondement. Il en est de même pour le chirurgien qui tient ses droits de la même source que les juges. Si la loi est valable lorsqu'elle investit les magis-

trats de leurs fonctions, elle doit l'être aussi quand elle donne au chirurgien le droit d'exercer son art. A quel magistrat saurait venir un doute sur la légitimité de son rôle ? Et cependant il n'hésite pas à douter de celle de l'art du chirurgien. Magistrats et chirurgiens sont solidaires dans la légitimité du principe de leurs professions respectives. Les magistrats se prétendent dirigés par le souci de protéger les malades contre des initiatives ou des thérapeutiques dangereuses. La préoccupation des chirurgiens est la même, mais ils ne songent pas à s'en faire gloire, car elle est l'esprit même de leur profession. Elle a plus de valeur chez eux, car elle ne se borne pas à une affirmation gratuite. Leur intérêt va de pair avec celui du malade. C'est pourquoi ils ne demandent aux magistrats que d'être logiques. Le chirurgien malheureux dans ses résultats se ruine lui-même. Aussi doit-on bien penser qu'il faut qu'il obéisse à des injonctions d'un ordre supérieur et non à de bas calculs, lorsqu'il entreprend une opération, surtout si elle offre des dangers redoutables.

La réussite du chirurgien est fonction de sa façon d'exercer son art et des résultats qu'il obtient. Pour s'en tenir à la simple question d'argent, qui préoccupe tant les juges, le but de la chirurgie et l'intérêt du chirurgien sont étroitement liés : la raison de l'art chirurgical est la guérison du malade. Celui-ci va au chirurgien pour qu'il le guérisse. La réussite du chirurgien est fonction de la satisfaction du client. Que désire celui-ci ? Que le chirurgien atteigne de son mieux le but curatif qui est la raison même de sa profession. On ne voit donc pas de raisons plausibles dans la méfiance du magistrat à l'égard du chirurgien. Elle existe cependant et elle dicte parfois aux juges leurs arrêts, sans qu'ils en envisagent les conséquences dangereuses.

Les magistrats redoutent chez les chirurgiens une certaine déformation professionnelle qui leur ferait concevoir leur art sous un aspect moins dangereux qu'il n'est en réalité. « A force de couper, trancher... » Conception par trop simpliste de la mentalité des chirurgiens. Mieux que personne,

ils connaissent les aléas de leur profession et ils n'y exposent pas les malades sans discussion sérieuse. Ils savent aussi qu'on déclarera par trop facilement engagée leur responsabilité. La réflexion, étayée d'arguments solides, préside à la thérapeutique dont le chirurgien envisage, avant d'agir, toutes les conséquences qui pourront en découler pour son malade et pour lui. En est-il de même pour les magistrats? Avant de prononcer un jugement, en envisagent-ils toute la portée? Le peuvent-ils d'ailleurs lorsqu'il s'agit d'une science aussi délicate que la médecine? Les magistrats, à travers les chirurgiens, redoutent souvent les faiblesses de l'homme. En sont-ils exempts eux-mêmes? Le fait de risquer voir si facilement sa responsabilité engagée en opérant, ne doit-il pas être tenu pour une garantie de la conscience et de la prudence du chirurgien?

Le magistrat n'engage pas sa responsabilité et ne s'expose à aucune sanction par un mauvais jugement. On ne lie pas, en justice, le juge à son arrêt, comme, en chirurgie, l'opérateur à son intervention. N'y a-t-il pas dans cette irresponsabilité des magistrats une des causes de la légèreté avec laquelle ils rendent parfois ce qu'ils appellent la justice?

Le simple bon sens devrait faire une loi aux magistrats de ne pas sortir du domaine de leur véritable compétence. Il en est parmi eux qui ne craignent pas de le faire; et cela impunément. Ils invoquent, à l'appui de leurs décisions, la nécessité de protéger le malade contre le zèle plus ou moins justifié des chirurgiens. L'argument est sans valeur. Mais, en admettant qu'il en ait une, nous allons voir qu'en agissant de la sorte, les magistrats arriveront à un but absolument opposé à celui qu'ils prétendent poursuivre.

CHAPITRE IV

CONSEQUENCES DE L'IMMIXTION DES MAGISTRATS DANS LES QUESTIONS CHIRURGICALES

« De toutes les sciences appliquées, disait Verneuil, la médecine est la plus difficile. » Difficile et délicate, parce qu'en grande partie conjecturale. Elle est complexe et instable, comme la nature à laquelle elle s'applique. Dans les problèmes qu'elle propose, seules quelques données sont connues. Nos moyens d'investigation sont imparfaits. La nature dérobe toujours quelque chose à l'examen le plus approfondi. Elle n'offre jamais deux cas absolument identiques. C'est pourquoi il n'y a pas, en médecine, de règle absolue. « Il n'y a pas de maladies, a-t-on dit, il n'y a que des malades. » Les mêmes agents ne produisent jamais exactement les mêmes effets, les facteurs de réceptivité et de résistance vis-à-vis des excitations extérieures variant à l'infini, suivant l'extrême diversité des individus et de leur valeur physiologique.

Mille facteurs interviennent dans la réaction de l'individu à l'agent pathogène. Il en est de même vis-à-vis du moyen thérapeutique employé. C'est pourquoi le médecin répugne tant à affirmer ou à nier sans réserves. L'expérience, et la sagesse qui en découle, lui ont appris l'extrême relativité des choses de la vie. Est-il une profession capable de donner plus de modération et de prudence? Et cependant le médecin et le chirurgien agissent. Le doute qui les atteint souvent ne peut les désarmer. Ils connaissent la grandeur de leur mission, les dangers qui s'y rattachent. Mais ils savent obéir

à leur conscience en prenant leurs responsabilités. Le magistrat ignore le drame qui se joue souvent dans l'esprit du médecin, encore plus dans celui du chirurgien, dont la décision doit être prise quelquefois avec une rapidité extrême. Cependant il juge et il condamne, sans se rendre compte que le problème offert au médecin ou au chirurgien est assez complexe pour qu'on ne vienne pas ajouter aux éléments de la décision de l'homme de l'art des facteurs étrangers entièrement au bon exercice de la médecine ou de la chirurgie et, par conséquent, contraires au bien du malade.

Car le chirurgien est aussi un homme. Qu'on prenne garde, par des jugements dangereux, de trop le lui rappeler ! Au lit du malade, à la salle d'opération, le chirurgien est l'homme de sa profession. Seul le malade importe, et ce que le chirurgien croit être son bien, sinon son salut. L'homme de l'art néglige et oublie ce qui lui est personnel. Il se donne tout entier à celui qui se confie à lui.

Ainsi se pratique la chirurgie. Ainsi est-elle utile et bien-faisante. L'esprit et le cœur du chirurgien appartiennent alors au malade : atteindre le but, sauver, améliorer ou guérir. Le chirurgien ne pense pas, ne veut pas penser qu'il y a des malades ingrats et cupides et des magistrats qui ne donneront pas leur voix à sa décision.

C'est le danger des mauvais jugements, qu'ils finissent par s'imposer à l'esprit des chirurgiens et qu'ils leur rappellent leur intérêt propre à côté de celui du malade.

L'honneur de la profession médicale est dans l'oubli de soi pour le bien d'autrui. Il n'y aura plus de médecine ni de chirurgie possibles le jour où, avant d'agir, les praticiens auront à se souvenir qu'ils ont un honneur à protéger et une fortune à défendre, que la décision la plus consciencieuse, prise dans l'exercice de leur art, peut mettre en danger ou ruiner.

Qui oserait affirmer qu'alors leur conscience ne fléchira pas ?

Le chirurgien ne peut se mettre, à l'avance, à l'abri des

conséquences de l'ingratitude ou de la cupidité de son client. Nous avons vu que la décharge donnée au chirurgien par le malade lui-même n'a pas de valeur reconnue en droit. Les prétextes sont nombreux à tenter une action contre les chirurgiens. Mais ce n'est pas ce qui pourrait modifier la mentalité du chirurgien et influencer ses décisions. Qu'importerait l'ingratitude du malade, si le médecin savait que justice lui sera rendue par ceux à qui on a confié le soin de le faire? Ils suffirait de moins encore : simplement, que le chirurgien sût l'avis nettement précisé des magistrats sur l'espèce qui lui est soumise. Mais les magistrats se contredisent, « vérité devant un tribunal... » ; « attendu que si cette circonstance était établie (surexcitation extrême de la malade), elle était dans un état d'exaltation telle que son libre arbitre était annihilé, par suite son consentement à subir l'opération n'était ni libre ni conscient... » (Trib. civ. Seine, arrêt du 12 mars 1931), et : « en considérant... que le Docteur D... n'allègue *même pas* qu'il y eût chez cette jeune fille une obsession quasi malade et qui, jusqu'à un certain point, aurait pu justifier son intervention... » (C. appel Paris, 1913, affaire Dlle Lalou contre Docteur D...)

De même, les juges condamnent la chirurgie esthétique, alors qu'ils accordent des indemnités aux personnes ayant subi un dommage esthétique du fait d'un accident.

En définitive, lorsqu'il va opérer, le chirurgien ne sait qu'une chose, c'est qu'il ne dispose d'aucun moyen effectif de couvrir sa responsabilité. Rien ne peut lui éviter de voir ses décisions et ses actes jugés par des gens totalement ignorants de son art. S'il tient à sa tranquillité, il n'accordera ses soins que dans les cas d'urgence extrême, les seuls que les tribunaux aient reconnus au-dessus de leur compétence.

Sera-ce pour le plus grand bien des malades dont les magistrats se targuent d'être les protecteurs?

Tous les malades ne poursuivent pas leurs médecins et tous les juges ne prononcent pas de mauvais jugements. Il y a aussi des jugements que l'on casse. Mais ne peut-on pas

redouter qu'influencés par la crainte de décisions injustes et gravement préjudiciables pour eux, les chirurgiens pensent d'abord à leur sécurité avant de songer au bien de leurs clients?

Les magistrats reprochent aux chirurgiens de faire entrer dans l'exercice de leur profession des considérations étrangères à l'intérêt primordial du malade. Et ce sont eux qui les feront naître, en persévérant dans une voie plus dangereuse encore pour les patients que pour les médecins.

Pour que le chirurgien puisse accomplir sa mission, il faut qu'il n'ait pas d'autre souci que celui du bien du malade. Il ne peut agir en toute conscience que si sa liberté d'esprit est entière. Et, s'il arrive que la légitimité de sa conduite puisse paraître devoir être mise en doute, il faut que l'appréciation en soit confiée à des gens compétents.

CHAPITRE V

DES JUGES COMPETENTS

Le législateur, considérant que les magistrats ne peuvent avoir de compétence sur toutes les affaires dont ils ont à connaître, a mis à leur disposition des experts, qui sont des spécialistes particulièrement qualifiés dans la profession qu'ils exercent.

Si, dans des affaires aussi spéciales que celles de responsabilité chirurgicale, le recours aux experts était obligatoire, et si l'avis de ces spécialistes emportait obligatoirement les suffrages des juges, les chirurgiens ne craindraient pas d'être cités en justice. Mais souvent les juges estiment inutile de demander les lumières d'une expertise (ex. aff. Dujarier) ou, s'ils y ont recours, ne conforment pas leurs arrêts aux conclusions des hommes de l'art (Cour de Paris, 1^{re} Ch., 6 févr. 1930). En cela, ils sont dans leur droit, au sens juridique du mot (art. 323 C. proc. civ.). Mais est-ce le moyen de tenir leur rôle sans erreur?

« Il se peut, a dit le Docteur Dartigues, que les juges pensent pouvoir juger en dehors de toute considération médicale, sans recourir aux lumières des hommes de l'art, jusqu'au point de refuser l'expertise. Mais cela veut dire, très clairement, à toute une corporation, que l'on fait fi de son expérience, de ses constatations et de ses attestations, et de la science elle-même proprement dite, et que l'on se dispense de juger sur le fond même de la chose. On ne nous fera pas croire, si l'on fait appel au simple bon sens, qu'il n'y a pas là une déformation professionnelle excessive, une sorte

d'*abus d'autorité*, qui rejette tout sens scientifique et nous recule de plusieurs siècles en arrière. Et les magistrats sembleraient vouloir remplacer les conciles, les consistoires et les prêtres du moyen âge, en plein *xx^e* siècle. »

Si les magistrats veulent être justes à l'égard des chirurgiens et des médecins, il faut qu'ils s'éclaircissent de l'avis des hommes de la profession et qu'ils en suivent les conclusions. C'est la seule façon honnête d'accomplir leur devoir et de permettre aux médecins d'atteindre le but de leur art.

Pour assurer aux médecins, dans l'intérêt même des malades, la liberté d'esprit qui leur est nécessaire, il n'est que de choisir entre deux moyens : ou bien rendre obligatoire le recours aux experts, en donnant, dans le jugement, le pas à leurs conclusions; ou bien instituer des tribunaux spéciaux, comprenant à la fois des magistrats et des médecins ou chirurgiens qui jugeraient ensemble les affaires appartenant au domaine de la médecine ou de la chirurgie.

On ne créerait pas, ainsi, une classe de « privilégiés » avantagés par des tribunaux « d'exception ». De ces contacts plus fréquents avec les chirurgiens et les médecins, les magistrats retireraient une notion plus exacte des choses de la médecine. Les chirurgiens recouvreraient leur liberté d'esprit et pourraient exercer leur profession sans la crainte de jugements contraires à la justice, et, ainsi, dans le sens même de l'intérêt de leurs malades.

Il faut que les magistrats restent dans le domaine de leur compétence, ou il faut leur retirer le droit d'apprécier ce qui n'y est pas compris. Pourraient-ils nous faire un grief de ces exigences puisque seule leur réalisation, dans l'un ou l'autre sens, leur permettrait vraiment d'être justes?

Il importe que l'incertitude des chirurgiens cesse, et cela non pas tant dans leur intérêt propre que dans celui de leurs clients.

« Qu'on en finisse donc, a dit J.-L. Faure, qu'on en finisse une fois pour toutes, avec ces instructions absurdes, avec ces poursuites iniques et qui nous conduisent tout droit à ce

paradoxe imbécile, qu'il vaut mieux, pour un chirurgien, pour sa tranquillité, pour sa réputation et pour son honneur même, voir mourir un de ses malades à la suite d'une opération que lui sauver la vie, même au prix de quelque accident.

» Que ceux qui s'érigent en juges de nos erreurs et de nos fautes se recueillent donc humblement sur leurs fautes et sur leurs erreurs, qui n'ont pas toujours, comme les nôtres, l'excuse de l'obscurité impénétrable où nous sommes obligés d'agir, et de la nécessité de prendre en quelques secondes des décisions irrémédiables, qui n'ont souvent pour guide que l'inspiration du moment, inspiration qui peut être magnifique et provoquer la résurrection, mais qui peut aussi être malheureuse et porter la mort avec elle.

» Et si, dans ces moments où nous avons besoin, pour aller jusqu'au bout de notre devoir, de tout notre sang-froid, de toute notre lucidité, parfois même de tout notre courage, nous voyons se dresser devant nous l'injuste menace de la loi plus injuste encore, alors nous n'avons plus qu'à nous croiser les bras et à laisser passer la mort. »

CONCLUSIONS

I. — Trois conditions sont exigées du chirurgien pour légitimer ses opérations :

a) qu'il ait obtenu le consentement du malade à l'acte opératoire.

b) que son opération n'aille pas à l'encontre de l'ordre public et des bonnes mœurs (c'est-à-dire qu'elle ne soit pas « d'expérience pure »);

c) qu'elle ait un but curatif, qu'elle soit exigée par une nécessité thérapeutique absolue.

II. — Les magistrats n'ont pas précisé le sens exact de ces exigences.

III. — Prises à la lettre, elles rendraient impossible à pratiquer toute chirurgie, sauf celle d'urgence extrême.

IV. — Elles sont dues à l'ignorance des magistrats en matière de chirurgie et à leurs préventions contre les chirurgiens.

V. — Les magistrats ne sont pas capables de juger seuls les affaires de responsabilité chirurgicale ou médicale.

VI. — Les magistrats, lorsqu'ils réduisent ainsi le domaine de la chirurgie, se prétendent inspirés par le souci de la protection du malade. Cependant, en s'en tenant à leurs arrêts, on arrivera à un but entièrement opposé, car la chi-

rurgie est utile et souvent nécessaire dans des cas qui ne sont cependant pas d'urgence immédiate.

VII. — La position du chirurgien est intenable, car il est toujours à la merci de poursuites plus ou moins justifiées de la part de son malade. Il ne dispose — sauf en n'opérant que les urgences extrêmes — d'aucun moyen de couvrir à l'avance sa responsabilité. Il ne sait jamais comment seront appréciés sa décision et ses actes.

VIII. — Pour éviter que la crainte d'appréciations et de sanctions injustifiées ne paralyse l'action du chirurgien, il faut qu'il relève de juges compétents.

IX. — Les seuls juges compétents sont les hommes de sa profession. Pour juger sainement les chirurgiens et la chirurgie, il faut :

a) que les juges aient recours aux experts qualifiés et qu'ils conforment leurs jugements aux conclusions des hommes de l'art;

b) ou bien que l'on établisse des tribunaux mixtes, composés de magistrats, de chirurgiens et de médecins.

VU : *Le Doyen*,
C. SIGALAS.

VU, BON A IMPRIMER :
Le Président,
H.-L. ROCHER.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :
Bordeaux, le 17 mars 1933.
Le Recteur de l'Académie,
A. TERRACHER.

BIBLIOGRAPHIE

- BALMARY (H.). — La responsabilité médicale et le secret professionnel. Librairie Privat, Toulouse, 1909.
- BOSSU (Louis). — Médecins experts et médecine légale au XIX^e siècle. Maloine, Paris, 1908.
- BORMANS (Th.). — Répertoire belge de législation, d'instructions, de doctrine et de jurisprudence concernant la médecine légale. Librairie Larcier, Bruxelles, 1882.
- BOUDIN (P.). — Le consentement aux opérations. *Concours médical*, 1926, p. 1223 à 1231.
- Le droit à la chirurgie esthétique. Ass. gén. des méd. de France, 1^{er} févr. 1929.
- Responsabilité et chirurgie esthétique. *Concours médical*, 14 avril 1929.
- Le consentement aux opérations en conflit avec les lois sociales. *Concours médical*, 16 mars 1932.
- BRIAND et CHAUDE. — Manuel complet de médecine légale. Bail lière, Paris, 1863.
- BROUARDEL (P.). — La responsabilité médicale. Baillièrre et fils, Paris, 1898.
- BRISARD. — Le risque opératoire. Comm. à la Soc. de méd. lég., 16 juin 1930. *Ann. de méd. lég.*, t. X, 1930.
- BRU (G.). — La responsabilité civile des médecins. Thèse de doctorat en droit, Lyon, 1911.
- DARTIGUES. — Le droit à la chirurgie esthétique. Ass. gén. des méd. de France, 1^{er} mars 1929. *Vie médicale*, 25 mars 1929.
- DONNEDIEU DE VABRES, DUVOIR et DESOILLE. — La responsabilité médicale. XVI^e Congr. de méd. lég., 4-6 mai 1931. *Ann. de méd. lég.*, t. X, 1931.

- DUCHESNE. — Magistrats et experts. *Concours médical*, 15 sept. 1931
- FAURE (J.-L.). — L'âme du chirurgien.
 — Sur la responsabilité professionnelle. *Bull. du Synd. des chir. franç.*, sept. 1927, n° 5.
- FORGUE et JEANBRAU. — Guide pratique du médecin dans les accidents du travail, leurs suites médicales et judiciaires.
- GARCON (E.). — Code pénal annoté. Larose, Paris, 1901.
- GARRAUD et LABORDE-LACOSTE. — Le rôle de la volonté du médecin et du patient quant au traitement médical et à l'intervention chirurgicale. De Boccard, Paris, 1927.
- GUÉNOT. — Du consentement nécessaire au médecin pour pratiquer une intervention chirurgicale. Thèse de doctorat en droit, Rousset, Paris, 1904.
- HATIN (P.). — Etude sur la responsabilité civile et pénale des médecins dans l'exercice de leur profession. Larose et Tenin, Paris, 1905.
- HAY. — De la responsabilité civile des médecins. Thèse de doctorat en médecine, Paris, 1923.
- LASNIER (G.). — Du droit du malade et du blessé au refus d'un traitement ou d'une intervention chirurgicale. Thèse de doctorat en droit, Bordeaux, 1922.
- LASNIER et VERGER. — L'assurance des médecins contre les risques professionnels de responsabilité civile. *Journ. de méd. de Bordeaux*, 10 sept. 1923.
- LE FORT. — La protection de l'enfant contre l'abus de l'autorité paternelle en médecine. XII^e Congr. de méd. lég., 4-6 juill. 1927. *Ann. de méd. lég.*, t. VIII, 1928, p. 30.
- MANCHE (E.-L.). — La responsabilité médicale au point de vue pénal. Larose et Tenin, Paris, 1913.
- MASINI. — Le droit à la chirurgie esthétique. *Le Sud méd. et chir.*, 15 déc. 1929.
- MASSART (R.). — Les responsabilités du chirurgien. *Concours médical*, 10 févr. 1932.
- MAZEL (P.). — La responsabilité professionnelle du chirurgien. *Bull. du Synd. des chir. franç.*, sept. 1927, n° 5.
- ORTICONI. — La responsabilité du chirurgien. *Concours médical*, 20 mars 1927.

- PASSOT. — La chirurgie esthétique spécialement distincte. *L'Hôpital*, avril 1928.
- PERREAU (E.). — Eléments de jurisprudence médicale. Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1908.
- POMMEROL (A.). — La responsabilité médicale devant les tribunaux. *Le Mercure universel*, 1931.
- POUSSON. — Clients et médecins. *Journ. de méd. de Bordeaux*, 20 janv. 1932.
- RIBADEAU-DUMAS. — Responsabilité chirurgicale. *Gazette des hôpitaux*, 5-7 sept. 1922.
- ROBIN (G.). — Grandeur et servitude médicales. Flammarion, 1932.
- SÉBILLEAU. — La chirurgie cosmétique. Les droits et les devoirs du chirurgien. *Bulletin médical*, 31 août 1929.
- TOURDES et METZGUER. — Traité de médecine légale. Asselin et Houzeau, Paris, 1896.
- VERGER. — Précis de déontologie médicale. Paris, 1921.
-

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	1
PREMIERE PARTIE	
Le consentement du malade.	
CHAPITRE I. — <i>Le principe du consentement du malade</i>	6
CHAPITRE II. — <i>Le malade est capable de donner son consentement, mais ne peut le donner seul.</i>	9
I. — <i>Le consentement de la femme mariée</i>	9
a) La femme vit avec son mari	12
b) La femme est séparée de son mari	13
c) La femme divorcée	13
II. — <i>Le consentement des militaires</i>	17
III. — <i>Le consentement des bénéficiaires des lois sociales</i>	18
a) L'assistance médicale gratuite	19
b) Les accidents du travail	20
c) Les accidents de droit commun, les accidents d'automobile	26
d) Les assurances sociales	26
CHAPITRE III. — <i>Le malade est incapable de donner son consentement</i>	28
I. — <i>Par suite d'une incapacité passagère</i>	28
a) Malades dans le coma	28
b) Malades en état de sommeil anesthésique	29
II. — <i>Par suite d'une incapacité habituelle</i>	30
a) Le consentement des mineurs	30
b) Les interventions sur les aliénés	33
CHAPITRE IV. — <i>Conséquences juridiques de l'opération pratiquée en l'absence du consentement du malade ou au mépris de son refus</i>	39

DEUXIEME PARTIE

Le consentement du chirurgien.

	Pages
CHAPITRE I. — <i>Limites, en droit, de la chirurgie. Les principes qui les tracent</i>	45
CHAPITRE II. — <i>La condamnation du Docteur Dujarrier. Ses conséquences pratiques</i>	51
CHAPITRE III. — <i>Les magistrats sont-ils capables d'apprécier les actes chirurgicaux?</i>	59
CHAPITRE IV. — <i>Conséquences de l'immixtion des magistrats dans les questions chirurgicales</i>	65
CHAPITRE V. — <i>Des juges compétents</i>	69
CONCLUSIONS	73
BIBLIOGRAPHIE	75

